

الموجز في العقود المسماة

البيع - الإيجار - المقاولة

الدكتور سعيد مبارك . الدكتور طه الملاحويش
الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي



الكتاب
للدكتور
سعيد مبارك



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

تقسم العقود الى عقود مساء وعقود غير مساءة (١) . والعقود المساءة هي العقود التي خصها المشرع باسم معين ونوى تنظيمها باحكام خاصة لثبوتها بين الناس في تعاملهم . اما العقود غير المساءة فهي تلك العقود التي لم يخصصها باسم خاص ولم ينزل تنظيمها باحكام خاصة -

وكان التمييز بين العقود المساءة والعقود غير المساءة اهمية خاصة في القانون الروماني فالعقود المساءة في ظل هذا القانون هي تلك العقود المتعرف بها قانونا والحماية بدعوى خاصة . اما العقود غير المساءة فهي تلك العقود التي خرجت عن دائرة تلك العقود المروفة والسمة قانونا بدعوى خاصة لعدم تماميتها وفقا لاجراءات معينة ينص عليها القانون (٢) .

اما اهمية التمييز بين العقود المساءة والعقود غير المساءة . في القانون الحديث . فتظهر في كيفية تفسير هذه العقود ومعرفة الاحكام التي تسري عليها . فالعقود المساءة تخضع لاحكامصوص التي خصها المشرع بها . فاذا لم يكن هناك نص يمكن تطبيقها . يجب عندئذ الرجوع الى احكام النظرية العامة للعقد . اما العقود غير المساءة فانها تخضع لاحكام النظرية العامة للعقد . وقد نصت على ذلك المادة (٧٦) من القانون المدني بقولها (١) تسري على العقود المساءة القواعد التي يشغل عليها هذا الفصل .

٢- اما القواعد التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتدرجها الاحكام الواردة

١- هناك تقسيمات اخرى للعقود . اذ هي تنقسم الى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد . والى عقود محددة وعقود احتمالية . والى عقود تبرع وعقود معاوضة . والى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود معينة . والى عقود مدنية واخرى تجارية .

٢- سبيح مسكولي . القانون الروماني . ص ٢٢ وما بعدها .

في الفصول المخصصة لها . وتقرر نوابين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية) -

ويختلف عدد العقود المسماة باختلاف الزمان ، إذ أنشأ لو قاداتنا القانون المدني العراقي بمجلة الاحكام المدنية لوجدنا ان القانون المدني لا ينظم يعني العقود التي كانت المجلة تنظمها ، بل هو ينظم عقود اخرى جديدة كانت في عماد العقود غير المسماة وقت نفاذ المجلة كمقود التأمين والمقاومة والرحان . كما ان ما لا يعتبر من العقود المسماة في مكان معين قد يعتبر كذلك في مكان اخر .

والعقود المسماة اما ان ترد على الملكية كالبيع والهبة والتركه والقرض ويدخل الدائم والملح ، او ترد على الانتفاع بأشياء كالأجار والاعارة ، او ترد على المثل كالمقولة والانتفاع والتزام المرافق العامة والوكالة وعقد الوريفة . ولتضمن تدريس جميع العقود المسماة في خلال سنة دراسية واحدة وهم جواز الاكتفاء بأحدها فقد تقرر اختيار عقد من كسل مجموعة من المجاميع الثلاثة اعلاه ، حيث اختير ((عقد البيع)) من العقود التي ترد على الملكية ، و((عقد الايجار)) من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء و((عقد المقولة)) من العقود الواردة على العمل لتدريسها ضمن المرحلة الثالثة .

وند نسم هذا المؤلف الى ثلاثة كتب قام الدكتور سعيد عيسى بكتابة الكتاب المخصص لعقد البيع ، والدكتور طه اللاحيوش بكتابة الكتاب المخصص لعقد المقولة ، والدكتور صاحب حميد الفتلاوي بكتابة الكتاب المخصص لعقد الايجار مراعين في ذلك الايجار غير المفضل .

والله الموفق ...

المؤلفون

الكتاب الأول

هتفد اليه

تأليف

الدكتور

سعيد عبد الكريم مبارك

أستاذ محاضر في جامعة بغداد

مستشار كلية التراث الجامعة

نخصص المشرع العراقي الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الثاني لعقد البيع ونقسم هذا الفصل الى فرعين ، تكلم في اولهما عن البيع بوجه عام ، وفي ثانيهما عن بعض انواع البيع . ثم قسم الفرع الاول الى ثلاثة اقسام خصص اولها لاركان عقد البيع ، وثانيها للالتزامات البائع ، وثالثها للالتزامات المشتري . كما قسم الفرع الى ثلاثة اقسام ، تناول في اولهما بيع الاولياء والوكلاء وشراهم لانفسهم . وفي ثانيهما بيع المحقوق المتنازع فيها ، واخرد ثالثهما للمفوضة .

وسنقدم احكام البيع وفق خطة ، بموجبها تنقسم الموضوع الى ثلاثة ابواب : اولها لاركان عقد البيع ، وثانيها لاحكام عقد البيع ، وثالثها لانسواع البيوع الخاصة . كما ونسهد لدراشة الابواب الثلاثة المذكورة بفصل لمهيدى تناول فيه اصل عقد البيع ، ونمريضة وطبيعته ، وخصائصه وتميزه عن البند الاخرى .

المصدر تيموني

أصل عقد البيع - طبيعته - خصائصه - تمييزه عن غيره من العقود

الفرع الأول

أصل عقد البيع وطبيعته وخصائصه

أصل عقد البيع هو المعاوضة ، والمعاوضة هي مبادلة سلعة بسلعة أخرى ، إلا أن تعدد الروابط الاجتماعية واكتفاء حاجات الناس أظهر عجز هذه الوسيلة وعدم كفايتها في إشباع تلك الحاجات لأن من يريد الحصول على سلعة قلما يجد مالكا للمبا فيها من زائد عن حاجته ، ولذلك بحث الإنسان عن نقطة أخرى ذات منفعة عامة تنسب اليها قيم باقي السلع ، وتوصل إلى المعادن ، ثم تولت العملة من هذه المعادن ، وحديثا حبسها ووزنها متسا ، وطهرت أخيرا النقود الورقية التي حلت محل المعادن في التداول ، وهكذا ظهر البيع - ١ -

١- البيع في القانون الروماني

وكان عقد البيع عند الرومان من عقود التراضي ، إلا أنه لم يكن ناقلا للملكية ، بل كان يلزم البائع بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع وسيارته بيان حادثا ولاقتصار حقه الشك والزام التفسير على الرومان وحدهم ، ولما كانت الضرورات تستلزم التعامل مع غير الرومان ولما كان الأجانب لا يمكنهم أن يتعاملوا على شراء شيء من دون أن يلتزم البائع بولي التزام ، فقد اضطر المشرع الروماني ، بموجب قانون القنطرب ، إلى أن يرتب للبيع اثر واحد هو التزام البائع بتمكين المشتري من وضع يده وفي العيازة المعادة حتى يتيسر للرومان التعامل مع الأجانب -

(١) مسكوني ص ١٦٠ وما بعدها -

ومع ذلك كان المشتري الاشتراط في العقد على البائع ان ينقل له ملكية البيع ، لان هذا الشرط لا يتعارض مع طبيعة البيع ، الا انه كان يقتضي على البائع ان يشترط عدم نقل الملكية الى المشتري لتعارض الشرط الاخير مع طبيعة عقد البيع .

٢٢ البيع في القانون الفرنسي :

اسما القانون المدني الفرنسي غايه وان كان قد تخلص من المصغ والرموز المعروفة عند الرومان ، الا انه ابقى على التسليم واعتبره الطريق المستقل لنقل الملكية ولكن تطور هذا القانون اذ ان انتهى الامر به بالاعتقاد بالتسليم المصور . فقد كان يكفي لاعتبار تمام التسليم مجرد ذكر ان التسليم قد وقع في العقد . وان كان هذا البيان مخالفا للمادة ١٥٨٢ .

واختلف الفقه حول تفسير المادة ١٥٨٢ التي تعرف البيع بكونه انه هو (عقد يلتزم به احد الطرفين تسليم شيء ويلتزم الآخر بمقابل الثمن ويجوز ان يتم بمقتضى رسمي له عربي) (١٥٨٢ م فرنسي)

البعض منهم يرون ان عقد البيع لا ينقل الملكية الى المشتري ، لان المادة اصلا لم تلزم البائع بتسليم الشيء ويضمم الراي المراجع الى ان المود الاخرى من القانون الفرنسي تكمل نص المادة ١٥٨٢ وتظهر في ان عقد البيع ناقل للملكية كاللادة ١١٣٨ التي تقدر ان الالتزام بنقل الملكية يتم بمجرد انعقاد ارادة الطرفين والمادة ١٥٩٨ التي تقدر انتقال الملكية الى المشتري من وقت اتفاق الطرفين على البيع والثمن ، حتى ولو لم يسلم للبيع اليه او يدفع الثمن الى البائع .

٢٣ البيع في الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري والعراقي :

تعرف المادة ١٠٥ من المجلد عقد البيع بأنه (مبادلة مسائل بمقابل ويكون معلقا بغير عقد) وتعرفه المادة ٢٤٢ من مرشد المصورين بقولها (عقد البيع المانع مالا للمشتري مبالا يكون ثمنه للبيوع) .

فالشريعة الإسلامية تنظر انتقال الملكية بالخط وبصورة مباشرة . ولهذا يشترط فيها ، الشريعة لنفاذ البيع عند جمهورهم ولائقاده عند بعضهم ، أن يكون البائع مالكاً للشيء ، مما يعني أن بيع علقه للغير موقوف على اجازة المالك حسب الرأي الأول ، وباطل حسب الرأي الثاني (١) وعلى الرايين الآخر لبيع المشتري ولا يحل مالا قبل الاجازة (٢) :

ويسرى القانون المدني المصري الجديد في المادة ٤٦٨ منه بقوله (البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكة شيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي) .

ويستند بعض الفقهاء ، هذا التعريف بأنه لا يشير الى انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد (٣) .

كما انه يتكلم عن نقل الملكية باعتباره قرا من الآثار التي تترتب على عقد البيع (٤) .

وتعرف المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي عقد البيع بأنه هو (مبادلة مال بمال) . (١٠٥م الجلة)

والتعريف اعلاه لا يقتصر على البيع ، بل يشمل الهايضة والصرف . كما لا يشير الى انتقال الملكية الى المشتري بمجرد تمام البيع وضرورة كونه الشئ الذي يلتزم به المشتري مبلغا من النقود (٥) .

(١-٢) احمد ابراهيم القتيح - المعاملات في الشريعة الاسلامي - ج ٢ ص ٢٤ .
احمد ابراهيم المعاملات الشرعية المالية ١٩٣٦ ص ١١٥ وما بعدها .
علي الخفيف - محاضرات في لغة الكتاب والمنه ص ٩٥ .

(٣) سليمان مرقس ومحمد علي امام . عقد البيع ١٩٥٢ ص ٢٣ وخلاف هذا الرأي السنهوري ج ٢ ص ٢٢ هامش رقم (٩) .

(٤) محمد لبيب - عقد البيع - ١٩٦٦ ص ٧ .

(٥) عباس الصراف - البيع والايجار ص ٣١ فني حسون طه - البيع - ١٩٧٠ ص ٢٢ سمعون الطامري - البيع والايجار - ١٩٧٠ ص ١٢ حين على الفتون البيع - ص ٦٨ .

ولذلك قلنا نفضل التعريف الوارد في المشروع الاول والذي وضعه
المرحوم الاستاذ السهوي ، اذ انه عرفه باننا (مبادلة نقد بغيره
من المال) .

ومع ذلك يعتبر البيع في التشريع العراقي ناقلًا للملكية المبيع المعين بالذات
، مجرد انعقاد العقد (٥٣٦ م مدني) .

واذا كان المبيع عقاراً ، وجب لانعقاد البيع تسجيله في دائرة التسجيل
المعاري ، فالحق لا ينفك كذا ان الملكية لا تنتقل الا بتسجيل العقد في الدائرة
الذكوات (٨٠ م مدني ٢ تسجيل عقاري) .

الفصل الثاني

خصائص عقد البيع

يمتاز عقد البيع بالخصائص التالية حيث يتميز بموجبه

١- من عقود التزمة للجائين

لان كلا من الطرفين دائن للطرف الاخر ومدين له ، فالمشتري دائن
للبيع بالدين المبيعة ، ومدين له بالثمن ، والبائع مدين للمشتري بالدين
المبيعة ودائن له بالثمن .

٢- من عقود التعوضات :

لان كلا من الطرفين يأخذ مقابل ما يعطي فالمشتري يأخذ الدين المبيعة
مقابل دفع الثمن ، والبائع يأخذ الثمن مقابل الدين المبيعة .

وتتمتع المبيعة باعتبارها كغيرها من التصرفات الدائرة بين الضرر والمنفعة
(استراط احلية التمييز لدى المتعاقدين / كركن لانعقاد) واشتراط اخذ المبلغ كغيره
لتفاذه قد سن اي واحد منهما - (المادة ٩٧ من القانون المدني) .

٣٣ من العقود الرضائية في مصر

(والقاعدة أن البيع من الشراء رضائية ، إذ يكفي لانتقاده مجرد اتحاد القبول بالإيجاب ولكن هذه القاعدة غير مطلقة ، لأن المقترح قد يخرج عليها لسبب من الأسباب كما هو الحال في بيع القمار (٨-٩ م مدني) ع

والشككية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه ، أما الرضائية فليست من هذا النظام ، وبالتالي فليس هناك من مانع يمنع المتعاقدين من اشتراط المشككية ركنًا لانعقاد البيع ، وفي هذه الحالة لا يكفي مجرد الإيجاب والقبول لانعقاد البيع ، بل يلزم لذلك أيضا توافر الشكل المتعلق بطلبه بين الطرفين .

ألا أن اشتراط المتعاقدين أو القانون شكلا خاصا لا يثبت ، بل لا يثبت ممكن صفة العقد الرضائية ، بما دام يكفي في وجود العقد رضا الطرفين فالعقد رضائي متى لم يشترط القانون أو الاتفاق لاثباته الكتابة .

وفي حالة قبوض أحد الطرفين فإن بعض التشريعات تقبل قرينة بموجبها يفترض أن اشتراط الكتابة إنما ورد لغرض جعلها ركنًا لانعقاد ، ولكن هذه القرينة قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس (١)

ولا يوجب حكم في التفرعين المصري والمراشي ، ولكن يذهب الرأي الراجح إلى اعتبار الكتابة عند الشك للاثبات لا لانعقاد لأن الأصل في العقود الرضائية وإن الشكلية ترد فيها استثناء (٢) .

٣٤ عقد ناقل للملكية :

فالأصل في عقد البيع أنه عقد ناقل للملكية بطبيعته ، لأن المقصد منه هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ولكنه إذا كان انتقال الملكية من طبيعة العقد إلا أنه

(١) المادة ١٥٤ من القانون المدني الألماني والمادة ١٦ من قانون الالتزامات والسويسي .

(٢) السنيوري ج. ص ١٥٢ هامش (١) عكس هذا الرأي : سليمان رقسبي محمد علي امام ص ٢٥

ليس من مستلزماته ، كما في حالة اتفاق الطرفين على ارجاء انتقال الملكية الى فترة لاحقة ، وكذلك في بيع الاشياء المعينة بالنوع والبيع بخيار المصروط (١) الا انه لا يجوز اشتراط عدم انتقال الملكية لتعارض ذلك مع طبيعة هذا العقد .

٥ - من العقود المحددة في الاصل :

وعقد البيع يعتبر في الاصل من العقود المحددة ، لان بإمكان كل من البائع والمشتري تحديد التزاماته وحقوقه وقت إبرام العقد ، ولكن يجوز ان يكون من العقود الاحتمالية كما لو باع شخص مينا مقابل ثمن يدفع على شكل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، فالثمن في هذه الحالة غير ثابت ، لا قد يقل او يزيد بحسب طول او قصر عمر البائع .

٦ - عقد البيع لورى التنفيذ في الاصل :

فالطالب ان ينفذ التعاقد ان التزاماتها دفعة واحدة في الوقت المعين لذلك في العقد ، ومع ذلك يجوز ان يكون عقد البيع مستمر التنفيذ كالاتفاق على تنفيذ الالتزامات التقديرية على شكل دفعات متعاقبة ، كما هو الحال في عقود المشاركة في المصالح والشركات الفورية .

(١) البيع بخيار التمييز هو البيع الذي ينص على احد اشياء معينة ويكون وفاة البائع باعدها ميراثا له .

الفصل الثالث

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

تدّظهر علوه تأخذ تسمية من اوصافها من البيع والتقسيم الاخر من عقود اخرى غير البيع ، فيقوم الشك حينئذ حول نوع هذا العقد .

ونظرا لما لتحديد نوعية العقد من اهمية ، فمن الضروري التمييز هنا بين عقد البيع وبين هذه العقود التي تقترب منه او تختلط به بشكل مبنى الاشكال وحسن :

١- البيع والهبة :

الهبة تمليك مال لآخر بلا عوض . فالموضع هو الذي يميز البيع عن الهبة . ومع ذلك قد تكون الهبة بعوض فيها الحكم في هذه الحالة ؟ اذا تبيين من الوقائع وجود نية التبرع فالمقدّمية ^{١٣} حشر والتبرع الموضع في العقد والا ليعتبر بيعا ومقالة وجود او عدم وجود نية التبرع مالة وقائع يكشف عنها فافهم الموضوع ولا رقابة المحكمة التمييز عليه .

ومن الفرائض التي تدل على وجود نية التبرع اشتراط الوهاب دفع العرض الى شخص ثالث . ولكن فلا تكن العرض من النقود وكانت تساوي او تقارب قيمة الشيء الموهوب فالمقدّم بيع لا هبة في هذه الحالة ، لاستخدام نية التبرع .

٢- البيع والرهن :

البيع هو تمليك البائع للمشتري المبيع في الحال مقابل ثمن معين . اما الرهنية فانها تمليك بلا عوض حضانة الى ماعد الموت .

ولكن قد يحاول البعض التحايل على القانون ، فيعهد مثلا الى تصويير الوصية بصورة عقد بيع لينص في العقد ان الاب باع ولده فلان المال الثلاثي بمبلغ معين على ان لا تنتقل ملكية المبيع الى المشتري الا بعد وفاة البائع .

ان هذا المقتضى ما هو في الحقيقة الا وسيلة لاختفاء وصية مستترة .^١ تؤول
بها الاب لمخ بقية الورثة من استئصال حكمهم في اجازة او عدم اجازة الوصية
فيما يزيد على ثلث التركة .

في مثل هذه الحالات يترتب على القاضي ان يطبق احكام الوصية في احكام
البيع ، الا اذا لم يجد سنداً لاعتبار السند صحيحاً .

ان وصف التصرف بأنه بيع او وصية يخضع للظروف الموضوعية التي تم
فيها ، تصرف ومن ثم للقاضي بحسب هذه الظروف استعمال التكييف
اللائم للعقد .

ويلاحظ ان المادة ٩١٧ من القانون المدني المصري تنص في هذا الصدد
على انه (اذا تصرف شخص لآخر ورثته واحتفظ بإحدى طريقتي كانت بإجازة
العين التي تصرف فيها ، وبصفة في الافتتاح بها مدى حياته ، اعتبر التصرف
مضافاً الى ما بعد الموت ونسرى عليه احكام الوصية عالم يتم دليل يناقض ذلك) .

كالمشروع المصري ، يحيل في هذا الصدد قرينة قانونية ، بمقتضاها يتمسك
التصرف لاحد الورثة وصية ، اذا احتفظ بالتصرف بإجازة العين التي
تصرف فيها او يحل في الافتتاح بها مدى حياته . الا ان بالإمكان الجواب بخلاف
هذه القرينة . ولعمري وجود نص مماثل للنص اعلاه في التشريع العراقي ، شأن
وصف التصرف بأنه بيع او وصية يكون متروكاً للقضاء ، ان يقدره بحسب الظروف
الموضوعية التي تم التصرف فيها (١) ، ومع ذلك يشاهد بان المشرع العراقي
يشير بالتصرف الناقل للملكية والصادر من المورث في مرض الموت في حكم
الوصية ، اذا كان على سبيل التبرع . (١١٠٩ م مدني) .

٣ - البيع والوديعة

الوديعة عقد يوجب حمل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله
أو بغير فائدة الا بالقبض والتسلم الوديعة بان يردده (٩٤٩ م مدني) .
فالملكية في البيع تنتقل من البائع الى المشتري مقابل عوض . بينما لا تنتقل في

(١) غني حصون طه ص ٤٧ - المراف ص ٣٥ .

الوديعة . ومع ذلك فـ ^{بعض} التمييز بينهما في الأحوال التي يسلم فيها شخص لأخر شيئاً ليبعده على أن يرد ثمنه أو الشيء نفسه عند عدم الشئ من تصرفه . كما لو أودع المؤلف شيئاً من مؤلفه لدى إحدى المكتبات ليترك صاحب المكتبة بيعها مقابل أجر معين يستقطع من الثمن .

لستقرت أحكام المحاكم الفرنسية على ما قضت به محكمة النقض والإبرام عام ١٨٦٠ في قرار لها ، تعتبر بوجوب العملية الواقعة بين تاجر الجملـة وتاجر المفرد عقد بيع لأن من مقتضيات هذه الوديعة إلزام الوديع برد نفس العين المودعة . إلا أن الخيال الذي يملكه تاجر المفرد بين رد الثمن أو نفس العين يجعل هذه العملية عقد بيع معلق على شرط .

ويذهب بعض الفراح في عصرنا إلى اعتبار العملية بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ لأن العقد وإن كان ينسب الوديعة إلا أنه يختلف عنها في أن الوديع يلتزم بمرور الوديعة عنها بينما لصاحب الكتبة الحق في رد نسخ الكتاب أو ثمن ما باع منها بعد خصم حصته من الثمن . علاوة على ذلك فإن ملكية الكتب تنتقل إلى صاحب المكتبة ، مع احتفاظه بحق العدول عن الشره إذا لم يتم تعريض الكتب (١) .

والرأي الراجح هو الذي يستوجب تكليف العقد بحسب تية الطرفين المتعاملين . وحلة النية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد وتوسطه فالعقد قد يكون بيعاً ناجزاً أو مطلقاً على شرط وألف أو فاسخ ، أو عقد وكالة بالبيع بسبب الأسرار (٢) .

٤ - البيع والتأجيل

إذا كان الثمن حقيقاً من النقود فالعقد بيع ، وإذا كان شيئاً آخر من عـمر النقود فالعقد تأجيل .

وتكن ثمن بصعب التمييز بينهما في بعض الحالات كما لو كان التأجيل مـل سيائك ذهبية أو أوراق مالية كالأسهم والسندات ، حيث يلاحظ أن بعض اقتراح

(١) مرقى أمام فـ ٢٥ .

(٢) ثنى حمون طه ص ٤١ - تازن : الصراف ص ٢٢ .

يذهبون إلى اعتبار العقد بيبا في هذه الحالة ، لأن هذا المقابل ليس مقصودا لذاته بل العقود التي يمكن الصول عليها من طريقه ، أما الرأي الراجح فيذهب إلى اعتبار العقد مقايضة ، لأن المقابل وقت التعاقد ليس من العقود خاصة وإن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى اعتبار المقايضة بيبا كلما أمكن تقييم عدم البيليين (٦) .

ولكن كما الحكم إذا كان المقابل بيبا من العقود وبعضه من غير العقود فيذهب الرأي الراجح (٦) إلى وجوب أخذ نسبة العقود إلى قيمة المال الآخر بنظر الاعتبار . فإذا كانت العقود هي المتصور التائب كان العقد بيبا إلا كان مقايضة .

أما إذا كان المقابل نصفا من العقود والنصف الآخر من غير العقود فالحق في هذه الحالة يعتبر عقدا مركبا من البيع والمقايضة (٧) .

سكنا أن الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار العقد بيبا في حالة ما إذا كان المقابل أيرادا ماليا حيا ، بداعي أن الثمن هو من العقود وأن كسبان مقصودا على وجه احتمالي في صورة الأيراد .

وللتمييز بين البيع والمقايضة نصبت العملية - المادة ٥٨٢ من القانون المدني تنص على أن (تقنيات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك) . فليس حين أن المادة ٦٠٠ من نفس القانون تنص على أن (مصروفات عقد المقايضة وغيرها من التقنيات الأخرى يقع عليها المقايضات متساوية ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) ، لأن كل من الطرفين فيه بائع ومشتري في نفس الوقت .

(٣-١) السهري ج ٤ ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٨ - العامري ص ٢٥
غني حنون ص ٤٢ - مرقس امام ص ٨٥ .

مهر البيع والإيجار :

البيع عرسي الى نقل ملكية المبيع الى المشتري ، بينما عقد الإيجار يقتصر على تحويل المستأجر صلاحية الانتفاع بالأجور ، ومع ذلك يصعب التمييز بينهما في الحالتين القاليتين :

أولاً - وقوع العقد على الثمار والحاصلات :

فهو يتعلق الطرفان على تحويل أحدهما صلاحية جني ثمار الشيء وحاصلاته مدة معينة في مقابل عوض معين لهل يعتبر العقد في هذه الحالة بيعاً أم أنه عقد إيجار ؟ .

فمعتبر البعض العقد بيعاً لظهور البقاء على الحاصلات لأن الحاصلات كالمعادن والدمم يقتطع من أصل الشيء . أما إذا ورد العقد على الثمار فإنه يعتبر إيجاراً في هذه الحالة ، لأن الثمرات كمستجبات الأوش دورية تجدد دون انتقام من أصل الشيء .

ولا يمكن الأخذ بهذا الرأي مطلقاً لأن ليس هنالك من مانع يمنع المتعاقدين من بيع الثمار نفسها وهي مازالة في الأرض . كما أنه لا مانع من أن يؤجر صاحب المنجم منجمه ليستغلة المستأجر مقابل أجره دورية .

يشير آخرون العقد بيعاً للإيجار إذا كان حق المتصرف إليه يقتصر على أخذ الثمار الناشئة لمدة النقل دون أن يكون له أي حق على الشيء الأصلي المنتج للثمار . أما إذا كان للمتصرف إليه القيام بالأعمال اللازمة لانتاج الثمار وحصلها إضافة لنقطة في أخفها ، فالعقد يعتبر في الحالة الأخيرة إيجاراً لا بيعاً .

والرأي الرابع يقتضي أخذ قصّة المتعاقدين بنظر . لا اعتبار عند تكييف العقد للقاضي استخلاص هذا القصد من ظروف التعاقد ، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز . فبتلا يمكن اعتبار ورود العقد على الحاصلات قرينة على بيع لأن استخراجها ينتقص من أصل الشيء . كما يمكن اعتبار ورود العقد على أخذ الثمار قرينة على أن العقد إيجار لا بيع ، لأن أخذ الثمار لا ينتقص من أصل الشيء .

وكل ذلك يشترط الاثبتت من طرف آخر ان ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى غير ذلك .

ثانيا - الإيجار الكافر للبيع (البيع الإيجاري) :

الإيجار الكافر للبيع عقد بموجبه يتم إيجار شيء معين لمدة معينة مقابل أجر معين ، على أن يتقلب العقد فيما اذا دلت المستاجر بمسح التزامات وفاء تاما .
تختلف الثقة حول تكيف هذا العقد ، فالبعض يعتبره بيعا مستترا
مبليا على شرط فاسخ نحو اختلال المشتري بالتزامه في دفع الأقساط ويعتبره
آخرون باطلا . لأنه يؤدي الى جحد الجمهور ، اد أنه يؤمهم بأن حاله بالتقوّل
يسر الحال فيقرعونه . والا فله أصبح عليهم لأنه في الحقيقة تجسر على
ويرى داي ثالث بأن العقد عقد مركب من البيع والإيجار . فهو بيع مطلق
على شرط واقف وإيجار مطلق على شرط فاسخ .

أما المشرع العراقي فيستبره بما على شرط واقف هو الإيجار بموجب
أقساط السن (المادة ٥٣١ من القانون المدني)

٦ - البيع والتعرض بالائتمنة

القرض (هو دفع من سلوة مثلية تشبك بالانتفاع بها على ان يرد
مثلا (٦٨٥ م مدني)) بينما البيع مبادلة مال بمبلغ من النقود . الا ان
يضر الرايين قد يلجأون الى التحايل على احكام القانون الخاصة بالنوال
فيصورون القرض بفائدة على انه عقد بيع . كما حر الحال في عقد المباذرة
التي بموجبه يسرى شخص بضاعة من شخص آخر يتمن مؤجل . تسم ببعضها
الى تسمى البائع بشئ مسجل يكون أقل من الثمن الذي اشترها به ويقبض
الثمن المسجل فوراً ويظل مدينا بالثمن المؤجل وتعاد البضاعة الى صاحبها
الاول .

ان العملية المذكورة اعلاه ليست في الحقيقة الا قرضا يربا خاصا ولكن
لجأ اليها المتعاقدين بقصد التحايل على احكام القانون الخاصة بالائتمنة
القانونية . للمسرى للزعم وكانه قد اقترض الشئ المسجل بفائدة تعادل الفرق

بين المدين المؤجل والمجل لذلك على القاضي اذا تبين له ان هذه هي نية الطرفين المتعاقدين تطبيق احكام القرض وتخفيض الفوائده الفاحشة الى الحد القانوني وفقا لاحكام المادتين ١٧١ و١٧٢ من القانون المدني .

٧ - البيع والوفاء بمقابل :

يتميز الوفاء بمقابل عن البيع من حيث انه يخضع لوجود التزام سابق .
في حين ان البيع عقد مستقل قائم بذاته . وعليه فصحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجوه هذا الالتزام .

وبمع ذلك يصعب التمييز بينهما في حالة ملكية شيء اعطى في مقابل دين .
فهل يعتبر المدين يائسا والدائن حائرا ؟

ان الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . فهو يخضع لاحكام الوفاء لانه يؤدي الى ابراء ذمة المدين ويخضع لاحكام البيع لانه ينقل ملكية المقابل الى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع الى المشتري (٣٩٩ م مدني).

٨ - البيع والمقابلة :

ان المقابلة تنصب على العمل بينما ينصب البيع على الملكية . ولكن الصعوبة تنور اذا تمهد المقاول بتقديم السل والمواد سا . فهل تعتبر العملية بيعا او مقابلة ؟ الرأي الراجح في اللغة يلحظ الى اعتبار العقد في هذه الاحوال عقد بيع اشياء مستقبلية ، الا اذا كانت قيمة المواد المقدمة تافهة بالنسبة الى عمل المقاول نفسه فالرسم الذي يتمهد برسم صورة لا يعتبر يائسا للمقابلة الخفية او لقطعة القماش التي يرسم الصورة - عليها . لان قيمة هذه المواد تعتبر تافهة اذا ما قورنت بقيمة العمل الذي يقدمه . وكذلك الحكم اذا تمهد المقاول باقامة بناء على أرض مملوكة لسوي العمل يادون من عبيده . لان قيمة هذه الادوات ثانوية بالنسبة لقيمة الأرض . اما اذا كانت الأرض ملكا للمقاول الذي تمهد بالامانة البناء يادون من عتده فالعقد يعتبر في هذه الحالة بيعا للأرض في حالتها المستقبلية - اي بعه ان يقام عليها البناء .

أما إذا تقاربت قيمة لمراد الأولية وقيمة العمل، فالمفاد يكون في حـسبـه الحالة من مجا من بيع ومقابلة، على حسب الرأي الراجح في الفقه .

ولا يثور الخلاف في ظل التشريع العراقي، لأنه يسمح بأن يتمم المفاوض بتقديم العمل والمادة بما (٨٦٤، ٨٦٥/٢ م مدني) .

٩ - البيع والوكالة :

الوكالة عقد ينصب على عمل (٩٢٧ م مدني) خصيصا لبيع

نقل ملكية أو حق ميني، ومع ذلك قد تثار التسوية عند التمييز بين عقد البيع وبين ما يدعى : (عقد التوزيع) الذي يوجب تسليم أحد الطرفين بضاعة معينة لبيئتها بشن معين يؤدي إلى صاحب البضاعة أو منتجها، على أن يكون له الحق في أن يرد للمالك أو المنتج ما ينجلي من البضاعة دون بيع . فهل يعتبر العقد بوجاهة وكالة ؟ الرأي الراجح يلحظ إلى أن العبرة هنا تكون بقصد الطرفين المتعاقدين . قلنا ثبين من ظروف التعاقد وملابساته أن نية الطرفين متجهة إلى أن ينقل المالك حقه في التعاقد الآخر بحيث يصبح الأخير مالكاً حقيقياً لهذا الحق فالمقد بيع والا فهو وكالة .

ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الصدد، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز . (١)

(١) السنجري ج ٤ ص ٣٦٣ و ٣٦٤، العامري ص ٢٢ . محلي حسون ط ٤ ص ٣٨

الباب الأول

كيفية عقد البيع

البيع كعقد لا يتقيد إلا إذا توافرت له أركان كل عقد من رضا ومحل وسبب * وقد يشترط القانون الشكلية كركن رابع فيه .

السبب في العقود المقررة للجانبين مزدوج ، بسبب التزام أحده الطرفين فيما هو تنفيذ التزام الطرف الآخر . ففي عقد البيع سبب التزام البائع هو تنفيذ التزام المشتري . وسبب التزام المشتري هو تنفيذ التزام البائع . وحيث لا جديد في ركن السبب في عقد البيع فتجبل إلى النظرية العامة للعقد .

المحل في عقد البيع مزدوج أيضا ، فمحل التزام المشتري هو التسليم ومحل التزام البائع هو البيع .

الشكلية في عقد البيع يخضع للاستكمال العامة في نظرية العقد لذلك تعيد إليها مع التركيز على بعض الجوانب التي لها أهمية خاصة في عقد البيع .

سواء بالنسبة للشكلية كركن من أركان عقد البيع لأن القانون يعتبر هذا العقد في الأصل من العقود الرضائية ويستثنى من هذا الأصل بعض هذه العقود فالشروع يعتبر عقد بيع المقار من العقود الشكلية التي لا تنقذ إلا بموافقة الشكلية المقررة في القانون ، أي ألا إذا سجلت في دائرة التسجيل العقاري (١) المواد ٨٠٩ ، ٨١٠ ، ١٢٠٥ من القانون المدني والمادة ٣ من قانون التسجيل العقاري والمادة من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ - تعتبر بيع المركبات ضمن البيع الشكلية التي لا تنقذ إلا بتسجيله في دائرة المرور (٢)

كما أن القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٥ يعتبر تسجيل عقد بيع المكائن ضمن البيع الشكلية ، أي لا تنقذ إلا بالتسجيل في دائرة المكاتب المحل

(١) إراجع السبب في النظرية العامة للعقد والمادة ١٣٧ من القانون المدني (٢) قرار المحكمة العليا في الدائرة الثالثة المرقم ٧٣٢ م ٣ منقول ٩٨/٩٨ في

وبالنسبة للبيوعات الجارية من قبل الجهات الرسمية عن طريق المزايعة
كالبيع الذي يتم بواسطة مديريات التنفيذ ودوائر التسجيل العقاري فكان
المادة ٨٩. لقانون المدني تنص بأن العقد (لا يتم إلا برسم المزايسة)
ولكن مع ذلك يجب أخذ أحكام الفواتير الأخرى بهذا الشأن بنظر الاعتبار كالمادتين
١٠٢، ٩٧ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ اللتين تقرران بأن ملكية
المفاز المبيع في المزايعة تنتقل إلى المشتري بانتهاء مدة العشرة أيام للمحسنة
للمدين، إذا لم يتم المدين خلالها بتسديد الدين وملحقاته وكان المشتري يحسب
دفع البديل ودسوم ومصاريف التسجيل *

سواءً ينبغي مراعاة أحكام قانون بيع وإيجار مقررات الحكومة رقم ١٧ لسنة
١٩٦٧ * فحسب المادة الثامنة منه ينبغي تسليم المبيع إلى المشتري بحسب دفعه
البديل أو القسط الأول إذا كان البديل محسباً حتى قبل تسجيل المفاز باسمه
في دائرة التسجيل العقاري * كما لا يجوز لوزارة المالية العدول عن البيع
واسترداده إلا عن طريق القضاء وذلك إذ لم تنص التشريعات من تنفيذ
التزاماته المقررة في المادة السابعة من نفس القانون *

ومعنى ذلك أن بيع المفاز ينبغي دون حاجة للتسجيل في دائرة التسجيل
العقاري إذا كان قد جرى وفقاً للقانون أعلاه *

وحسب أحكام المادتين ٩١، ٩٠ من قانون أدلة البعثات رقم ١٩٦٥ لسنة
٩٦٤. فإن البيوع التي تتم بمقتضاء تعتبر فائقة الملكية العقار إلى المشتري مسن
وقت صدور القرار بالبيع ودفع الثمن، ولا يجوز للبلدية العدول عنها *

وأما تسجيل هذه البيوع في دائرة التسجيل العقاري فلا يترتب على
تسكين المشتري من التصرف بالعقار للتغير (١) *

(١) جاء في قرار محكمة التمييز أن البيوع الواقعة على الأقاليم غير المنقولة من
قبل الدوائير الرسمية تعتبر صحيحة ومخلصة ولو لم يتم تسجيلها في دائرة
التسجيل العقاري. طالما جرت وفقاً لأحكام الفواتير المرحية. القرار رقم
٤٥٠ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ في ١٥ / ٤ / ١٩٧١ (غير منشور) *

ويذهب رأي الى انه بعد نفاذ قانون التسجيل العقاري وهو القانون الذي ينظم امور التسجيل العقاري من جميع جوانبها ، يجب لاعتقاد البعض التي تجريها الدوائر الرسمية وفقا لاحكام القوانين الخاصة مسجلتها في دائرة التسجيل العقاري وذلك بحكم :الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري التي اعتبرت التسجيل ركنا من اركان التصرفات العقارية(١) ان هذا الرأي يستند الى ان قانون التسجيل العقاري هو قانون لاحق في صوره على القوانين المنبثقة اليها سابقا ،وبهذا الاعتبار فانه يلغى احكام القوانين المذكورة ويحلها كلما تعارضت مع احكام القانون الجديد .

الا اننا نرى رأيا آخر هو ان قانون التسجيل العقاري وهو تشريع جديد عام لا يلغى او يعادل احكام القوانين المذكورة وانما ينحل الأخيرة صراحة باعتبارها استثناء على قانون التسجيل العقاري .

وعلى كل حال من حيث التواضع والمحل في هذه البيع في فصلين متتابعين .

(١) مصطلح مبيعه المرجع السابق، ج ١ ص ٥١ .



الفصل الاول

التراضي

ان التراضي في عقد البيع من حيث الاعلية وجوده وصحته يخضع لاحكام التراضي في النظرية العامة للعقد لئلا يخلو سبيل اليها - ولكن من الضروري هنا التركيز على بعض جوانب التي لها اهمية خاصة في عقد البيع - ومن هذه الجوانب ما ينطبق بوجود الرضا وصحته - ومنها ما يتعلق بصور الرضا ووصافه - هذا ما ستبحثه في الفرعين القادمين -

المبحث الاول

وجود الرضا وصحته

التراضي يعني اتحاد ارادتين ، أي اتحاد تقبول بالايجاب على ابرام عقد البيع (٧٧/١ م مدني) ، ولا يكفي لانفاذ البيع مجرد وجود الرضا ، بل ينبغي توافق الطرفين بشأن جميع المسائل الجوهرية في العقد ، كما ان الايجاب قد يكون موجها للجمهور ، الامر الذي يقتضي دراسة ذلك في مهتين ، تخصص للعلماء للتراضي على المسائل الجوهرية ، وثانيها للايجاب الموجه للجمهور ، ويضاف اليهما مهنة ثالث مخصصة لسلامة الرضا من العيوب

المهنة الاولى

التراضي على المسائل الجوهرية

سواء ما صرح المائل بالجوهرية في عقد البيع

للمسائل الجوهرية في عقد البيع هي : طبيعة العقد والمحل (المبيع والنسب) ، لذلك ينبغي لانفاذ عقد البيع تراضي الطرفين على هذه المسائل ، ولما كان التراضي على هذه المسائل تخضع لاحكام التراضي على المسائل الجوهرية في النظرية العامة للعقد فنكتفي هنا بالاحالة اليها منعاً للتكرار على انه ينبغي هنا الاشارة الى حالة خاصة بعقد البيع وهي حالة ما اذا اراد البائع البيع

بشأن أمين قبل - المشتري الشرعي، بشأن اعلى او عرضى المشتري لنا لم يفسر
البائع بشأن اقل - فما الحكم من هذه الحالة ؟

تأخذ مجلة الاسكام المدنية باساسة مطابقة القبول للايجاب ضمنيا - وحسب
المطابقة الضمنية تنطبق اذا كان الايجاب يدخل ضمن القبول - ويترتب على
ذلك انه لو طلب البائع الف دينار كتمن للبيع ووافق المشتري على الشراء
بالف وخمسائة دينار - فقد البيع على الالف دينار - لان ايجاب البائع يدخل
ضمن قبول المشتري فتتحقق المطابقة الضمنية (٩٦) الا ان المشتري يلتزم بالمبلغ
الذى عرضه، اذا قبل البائع الزيادة في المجلس - لان كلام المشتري في هذه
الحالة يعتبر ايجابا جديدا وكلام البائع قبولاً فيعقد البيع بالتين الاخير -
وكذلك الحكم فيما لو قال المشتري اشترى منك هذا المال بالالف دينار وقبل
البائع بمائة دينار فان المبد ينفذ بالتين الاخير، ويلزم تنزيل الثلاثين من
الالف (المادة ٧٨ من المحطة) -

وينصب النقطة الفرنسية، بوجه، الى القول بان العقد يتصف بالتين الاقل،
لان المشتري والله قبل بشأن اعلى من الثمن الذى يطلبه البائع يعتبر راضيا
بان يشتري بالتين الاقل من باب اولى -

ولكن يود على هذا الراى بالقول انه كما يمكن القول بان المشتري، وفى
يقبل الشراء، بالتين الاعلى فهو يقبل بالتين الاقل، فانه يمكن القول كذلك بان
البائع الذى يرضى بالتين الاقل الذى يرضه فانه يقبل بالتين الاعلى من باب
اولى -

وكنتيجة لهذا الانتقاد حاول انصار هذا الراى تحليل انعقاد البيع بالتين
الاقل بالرجوع الى القواعد العامة التى تنظم بان الشك في الالتزامات يفسر
في صالح المدين - فالمشتري هو المدين باداء الثمن فيجب ان يفسر الشك
لصلحته، ولتضي مصلحة المشتري بالزامه بالتين الاقل -

ويميز فريق آخر بين حالة ما اذا زاد المشتري في الثمن الذى طلبه
البائع او اذا اتى البائع في الثمن نتيجة وقوصه في الطل، وحالته ما اذا زاد

(١) مثير الفاضلي ج ١ ص ١٨٥

المشتري في الحق أو انقص البائع فيه وهو على بينة من الامر . ويقررون انفسهم
 البيع بالثمن الأقل في الحالة الأولى . وعلى الثمن الأعلى في الحالة الثانية لأن
 العمل الاصح للمكترم بالنسبة وهو المشتري ، هو الذي ينبغي ان يؤخذ به
 في الحالة الأولى . وهذا العمل يقتضي . انعقاد البيع بالثمن الأقل ، أما في الحالة
 الثانية فالبيع يشهد على الثمن الأعلى لأن زيادة المشتري في الثمن تعتبر تعديلا
 لإيجاب البائع وبالتالي يصبح قبول المشتري إيجابا جديدا موجبا للبائع
 بتسليم الأقل ولا يحتاج لاعتقاده الى قبول المشتري . بل يعتبر سكوته في حكم
 اذبول لأن الإيجاب الجديد نافع له فكذا محضا . وكذلك الحكم فيما لو قيل
 البائع يبيع بثمان اقل وهو على بينة من امره . إذ ان قبول البائع في هذه
 الحالة يعتبر إيجابا جديدا موجه الى المشتري ، وبمجرد الاخير قابلا له بسكوته
 لأن الإيجاب الجديد ينعض لصلحته (١) .

ويذهب رأي عندنا الى عدم انعقاد العقد في مثل هذه الاحوال لأنه
 يشترط ان يطابق القبول الإيجاب في جميع المسائل التي يعناؤها ، لذا لم
 تحقق هذه المطابقة انزل القبول عنول الإيجاب . واصبح مفتقرا الى قبول
 الموجب والسبب في هذا ان قاعدة انطباق يجب الأخذ بها على إطلاقها ، فالوعدى
 للمشتري ينحصر بزيادة على ما يطلبه الموجب أو قبل البائع ثمنا يقل عما يعرضه
 للمشتري . لم تتحقق المطابقة القانونية ، وإن وجدت المطابقة الحسابية في الأقل
 بين التبيين . لأنه اذا وقع الاختلاف في نطق ما انصرف اليه القبول . من
 عناصر انعاقده بما هو في مصلحة الموجب انقضت مطابقة القبول للإيجاب فانوتا .
 وهذه هي المطابقة المطلوبة وفقا للمادة ٨٥ من القانون المدني (٢)

وخلاصة الرأي اعلاه هي انه اذا قبل المشتري الشراء بثمان اعلى ممن
 الذي طلبه البائع لا تتحقق المطابقة المطلوبة في المادة ٨٥ من القانون المدني
 المعرفي . ويصبح قبول المشتري إيجابا جديدا مفتقرا الى قبول البائع وعن ثم
 لا ينقذه البيع لاعلى الثمن الأقل ولا على الثمن الاعلى . . .

(١) السنهوري ج ٢ ص ٤٢ هامش (١) مرفس امام ص ٤٤ .

(٢) محمود سمه الدين الشريعت ج ١ ص ١١٠

وينتقد البعض هذا الرأي لأنه يأخذ بحكم المادة ٨٥ من القانون المعدني العراقي بمزول عن طية نصوص هذا القانون وخاصة نص الفقرة الثانية من المادة ٨٦ التي تنص على أنه (ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمسح الإيجاب لنفسه من وجه إليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لها ورد في قائمة الثمن من شروط) . إلا بالجمع بين المادتين ٨٥ و ٨٦ من القانون المدني العراقي يمكن القول بأنه إذا زاد المشتري في الثمن الذي طلبه البائع أو أخص البائع من الثمن الذي عرضة للمشتري فإن ذلك يعتبر إيجاباً جديداً . فإذا صادف هذا الإيجاب سكوتاً من الطرف الآخر فإن هذا السكوت يمكن اعتباره قبولا لتخص هذا الإيجاب لمصلحة الساكت (٢) ولا يوجد فرق بين هذين الرأيين لكلاهما يعتبر قبول للمشتري بثمن أقل وقبول البائع بثمن أقل إيجاباً جديداً ينتظر أن يبرر - والكبرل قد يكون سريعاً أو تفتياً أو من طريق السكوت في الحالات الواردة في المادة ٨٦ ومنها حالة تمسح بالإيجاب لنفسه من وجه إليه .

وجهه من حيث

المبحث الثاني

الإيجاب الموجه في الجمهور

القالب في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين بالذات ، وينظمه البيع في هذه الحالة إذا ما صادف قبول هذا الشخص .

أما أن الإيجاب قد يكون موجهاً إلى الجمهور فما الحكم في هذه الحالة ؟

تنص المادة ٨٠ من القانون المدني في هذا الصدد على أنه (١) - يعتبر

عرض البيع أو البيع موجهاً للجمهور إذا - أ - أُنشِرَ والإعلان ببيان الأسعار جازي عرضي

التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد

فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض) .

(٢) الصراف ص ٤٦ .

فانشرع بفرق بين الحالتين التاليين :

(١) عرض البضاعة في للتجـر والاعلان عنها مع بيان ثمنها

ان عرض التاجر لبضاعته في واجهة المعرض مع بيان ثمنها يعتبر اجاباً موجهاً الى الجمهور ، ومنه الايجاب يظل لانما وصالحاً لان يقترب منه ليؤخذ اي فرد من الجمهور مادام ان التاجر لم يرجع بعد عنه .

فالبائع يتطد ان يقدم احد افراد الجمهور بالقبول قبل ان يرجع للتاجر من ايجابه بسحب البضاعة من واجهة التجـر او يرفع الثمن المبين عليها .

والعقد اذا ما تم فإنه ينصب على البضاعة المروضة في واجهة التجـر بالذات ولذلك لا يجوز للمشتري المطالبة بتسليم بضاعة مماثلة للبضاعة المروضة في واجهة التجـر ، ولكن للتاجر ان يسلم للمشتري بضاعة مماثلة بدلاً من البضاعة المروضة ولايسوغ للمشتري المطالبة بالبضاعة المروضة ، لان تسليم هذه البضاعة بالذات يتطلب جهوداً لا يبرر له في ععادة تنظيم الواجهة واستمرار مع بيان الثمنها ، على ان يكون دخول المحل مباحاً للجمهور (٢) .

وبالاجل يكون ملزماً ببـيع البضاعة المروضة لاي شخص يتقدم للشراء في حدود الكمية المتوفرة لديه منها ، لان الاصل في عقد البيع ان لااعتبار للتخصيص المشتري والاحكام اعلاه لا تقتصر على البضائع المروضة في واجهة التجـر مع اثمانها فقط ، بل هي تعمى ايضاً على البضائع المروضة داخل التجـر مع بيان اثمانها ، على ان يكون دخول المحل مباحاً للجمهور (٢) .

ويستبر اعلان التاجر عن بضاعته مع بيان اثمانها في الصحف او النشرات الخاصة التي توزعها المحلات التجارية على الجمهور ، ايجاباً صحيحاً وصالحاً لما لاقتراح قبول اي فرد من الجمهور به . ورجوب على التاجر ان يسلم البضاعة المعلن عنها لجميع الذين يتقدمون اليه لشراؤها ، على ان لا تكون البضاعة قد نفذت ، لان ايجاب التاجر يسقط بنفاذ البضاعة المعلن عنها لنفاذ البضاعة المعلن عنها بعد بالنسبة للتاجر في حكم رجوع الموجب عن ايجابه (٢) .

(١-٤) مرقس وامام خـ٤٥ - علي حسون طه ص ٦٠ ص ٤٦ - السنهوري ج ٤ ص ٤٩ .

ولكن لا يجوز للتاجر الامتناع عن تلبية طلبات الراغبين في الشراء بحسبة ارتفاع الاسعار من وقت إرسال التكررات الا اذا مضت مدة طويلة بين ارسال التكررات وتقديم العميل للشراء (١) .

وكذلك يحد إعلان المتاجر عن بضائعه إيجاباً صحيحاً حتى ولو لم يكن عند المتاجر شيء من البضاعة التي أعلن عنها. فونت الإعلان أركان عند منها للمدعي سبباً فقط. إذ يفترض أن المتاجر قد تعهد بإيجابه أن يستري من هذه البضاعة من السوق مايلي طلبات الذين يتقربون اليه بقبول والا فلا يبقى أي معنى لهذا الإيجاب. ولايجوز للمتاجر في هذه الحالة الامتناع عن تلبية هذه الطلبات بحجة عدم وجود البضاعة في الأسواق أو ارتفاع الأسعار أو الندرة التي طرأت على البضاعة ومد الإعلان والا فيلزم بالتعويض.

ولكن يشترط لالزام التاجر بتلبية طلبات الراغبين في الشراء وقبول هذه الطلبات عليه ضمن المدة المحددة للإيجاب اوفي المدة المتقولة التي ياروها المتقاضى في حالة عدم تحديد المثل المذكورة في الاعلان .

كما يعتبر اعلان التاجر لبيع بضاعه بشمن معين يدفع على انفساط ايجابها
منزوما له لذلك لا يبدوز للتاجر الاحتياح عن البيع بصفة علم اطمئنا له الى سسقاط
المتكتم للشراء، للانفساط المزوجة مالم يكن قد احتفظ لنفسه بهذا الحق او تبين
مسبق اعلان الخلاس او اعاد الرغيب الى الشراء ونفنا للقانون

٢- عرض البضاعة أو الافلاق عنها دون بيان ثمنها :

13أ- لم يكن عرض البضاعة أو الاعلان عنها مصحوباً ببيان الثمن أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل ادراك معناها ، فإن العرض ، أو الاعلان لا يعتبر ايضاً في هذه الحالة لاموجود دعوة للتفاوض (٢/٨٠) م.م.م.م.

والفرق بين الإيجالي والدعوة إلى التفاوض هو أن الاستجابة إلى الدعوة إلى التفاوض لا تعتبر قبولاً يتم به العقد ، بل هي إيحاء "لأن يترتب به قبول صاحب الدعوة فإذا صدر هذا القول معه ذلك انعقد البيع " .

(١) انظر المصدر السابق .

المبحث الثالث

ساعة الرضا من الميـسـر

مهرب الرضا هي : لاكرآء والفلط والنسب مع التفرير ، والاستئلال ، فإذا شاب أراد أحد طرفي عقد البيع عيب عنها ، فإن العقد يكون موقوفاً وللمن شاب العيب إرادته إجازة البيع أو نقضه خلال ثلاثة أشهر من الإئت الذي يزول فيه الأكرآء ، أو يعلم بالفلط أو ينكتسب فيه التفرير ، فإذا مرت هذه المدة دون أن يصدر فيه شيء ، اعتبر العقد نافذاً ، أما الاستئلال فإنه لا يصح نراً بقاء العقد وإنما يزول المتأقده النى يستعمل حق الطالبة برفع التفتن إلى البند المتقول خلال سنة من وقت إبرام العقد ، إذا كان العقد من عقود المعاوضات ، أما إذا كان العقد تبرعاً فإنه نقضه خلال نفس المدة (١٢٥ م مدني) .

إن محل دراسة هذه الصوب بالتفصيل هو شروط الطرية الخاصة للعقد ، لذلك نكتفي بهذا التمر بشأنها هنا ، ولكن لما كان للفلط في عقد البيع أهمية خاصة إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بلحكام الفلط في صفات البيع وخيار الرذيفة ، لذلك يكون من المبدء المنطوق ليهما في المطلبين التاليين .

المطلب الأول

الفلط في صفات البيع

الفلط هو نوع من الواقع ، وعرفه الفقيه الفرنسي (سالي) بأنه هو (عدم توافق الإرادة الحقيقية ، أي الباطنة ، مع الأوتد المبرر عنها ، أي الظاهرة) .

والشرح العراقي يميز بين نوعين من الفلط : ١-

الأول يعتبر الرضا ويجعل العقد باطلاً مطلقاً ، والثاني لا يهضم الرضا وإنما يقيمه ويجعل العقد موقوفاً . (١٢٧ م مدني) (١) .

والفلط الذي بهما هو النوع الثاني من الفلط ، الذي نصت عليه المادة ١١٧ أعلاه ، والقراد بهذا الفلط هو لوات الوصف المرفوع في المبيع ، ولو كانت هذا الوصف لا يمنع من تكون العقد ، بل هو يجعل العقد موقوفاً على إجازة .

كما ان فوات الوصف المرفوب ليس الا قلة في صفة جوهرية في الشيء محل
التعاقد - لان كل وصف مرغوب فيه يتدرج تحت الصفة الجوهرية التي اشتملت
عليها العقدة الاولى من المادة ١٦٨ من القانون المدني .

والفعل هنا البحث يصح ان يقع في صفة جوهرية في الشيء او في شخص
التعاقد اذا كانت شخصية محل اعتبار او في قيمة المقتود عليه او في الباعث
الدافع الى التعاقد . (١٦٨ م مدني)

ولما كان شخص التعاقد ليس بمحل اعتبار في الغالب في عقد البيع لذلك
يبدو ان يكون الفعل في شخص احد المتعاقدين او في صفة من صفاته سببا لحسم
نفاذ عقد البيع . الا ان الفعل في صفة جوهرية في المبيع او في قيمته او في الباعث
الدافع على شرائه يجب الرضا ويجعل العقد موقفا .

ومثال الفعل في صفة جوهرية في المبيع اعتقاد المشتري انه انما يشتري
لوحة لرسام مشهور فيظهر بعد ذلك انها مقلدة . وكذلك الحكم في حالة شراء
شخص ارضا على ان لها من الطريق العام مائة بها محصورة من جهاتها الاربع .
ومثال الفعل في قيمة المبيع ان يبيع شخص مئمترا بقيمة الفعلية وكان
يجعل ان السهم قد ربح جالزه كبيرة او ان يبيع الولد مجموعة من
الكتب المخطوطة والطوايع البريذية بمن زهيد لبعده بليتها الحقيقية .

ومثال الفعل في الباعث الدافع ان يشتري شخص سيارة جديدة لاعتقاده
بان سيارته القديمة قد سرفت ثم يتبين علم صفة ذلك . وكذلك الحال فيما
لو اشترى موظف منزلا في مدينة معتقدا انه سينقل اليها ثم تبين بعد ذلك
انه لن ينقل .

ولكن ينبغي ان يكون بمستطاع التعاقد التمسك بالفعل الذي وقع فيه ان
يكون التعاقد الاخر قد وقع ايضا في نفس الفعل اركان على علم به اركان
من الصلح عليه ان يبينه - (١٦٩ م مدني)

المطلب الثاني

خيار الرؤية

١ - تعريفه ونطاقه :

خيار الرؤية عبارة عن رخصة، تُعفيت للمشتري الذي استقرى شيئا لم يره من قبل أو وقت البيع، منحوله أن يخطئ أو يرد من رآه .
وختلف فقهاء الشريعة بشأن مدى صحة البيع الواقع على الأشياء المعينة القائية . فالأمام مالك والشافعي يعتبرون بيع العائب باطلا ، فيسأله بغيره العنفة والمناجاة والإلمية صحيحا وأن المشتري حق التصحح بغيره الرؤية . على أن السنة يقتضون هذا الحق على المشتري بينما يقره الشيعة الانامية لكل من البائع والمشتري (١) . واخذ المشرع العراقي بالأول .
(٥١٧/١ م عدلي) -

وسبب ثبوت خيار الرؤية هو علم العلم بالبائع علما كافيا وقت إبرام العقد . وقبله . ويشترط ثبوت أن يكون عيبا معينة بالوقت إذ لا يثبت في بيع الأشياء الخلية والديون والاتقان الخاصة بالدنانير والبراهم كما يشترط فيه أن يكون للبائع غائبا غير عرى وقت العقد -

وخيار الرؤية يثبت بحكم القانون لذلك لا حاجة لاستراطه في العقد والحرفد بالرؤية من الرؤية بمتعلما الجازي لالتيقني . أي أنه ليس مجرد النظر بل العلم بالبائع علما يمنع الجهالة الفاحشة والفسر . فالعلم بالمزليات بالبحر والطعام واللوز والروائح بالشم وهكذا .

لذلك يصح شراء الأصم إذا تمكنه الوقوف على حال المبيع عن طريق الوصف أو الشم أو اللمس أو التذوق (٥١٧-٥٢٠ م عدلي) .

وتعتبر رؤية التوكيل بالشم والذوق كالحكم رؤية الأسير . أما رؤية الرسول فلا تستلزم الخيار (٣٥٣٦ م عدلي)

وإذا كانت الأشياء المبيعة من اللطيات وبيعت على نموذج قنقي وفيه النموذج لتعيين صفات المبيع . والمشتري يكون مخيرا بين أن يقبل المبيع بالشحن

المسمى أو فسخ البيع إذا لم يكن فليج مطابقاً للنموذج . وإذا طلبك النموذج أو تعيب في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه وجب عليه أن يثبت أن الأشياء كانت مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له حسب الأحوال (٥٦٨ م مدني) .

ويعتبر خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ، شرطاً للزوم البيع لا لصحته فالعقد ينقذه ولكنه غير ملزم للمشتري طالما كان الخيار باقياً لذلك له الرجوع عن البيع أو فسخه بعد الرؤية أو امضائه ، أما البائع فيلزم بالتقيد وليس له الخيار .

وحق الخيار لا يثبت إلا بالرؤية لذلك لا يصح تنازل المشتري عنه قبيل الرؤية ، لذلك فحق المشتري في رد المبيع لا يسقط ولو أجاز قبل الرؤية بـ ... يبقى قالوا .

ويشير المشرع العراقي هذا الحق مؤقتاً حيث قرر بأنه ينقضي بمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه وتقدير هذا الوقت متروك للقضاء حسب ظروف وحلاشات كل قضية (١) - (٥٢٢، ٥٢٣ م مدني) وكان الأولى بالمشرع أن يحدد مدة معينة يسقط بمضيها خيار الرؤية لئلا يفسد استقرار المعاملات وعدم ترك البائع تحت رحمة المشتري مدة طويلة . إلا أن المشرع منح البائع وسيلة لعلاق للمفوض المذكور بموجبها له تحديد أجل مناسب للمشتري يسقط الخيار بانقضائه إذا لم يرد البيع خلاله (٥٢٣ م مدني)

٧ - إسقاط خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية في الحالات التالية (٦) .

١ - الرؤية للمبيع قبل شرائه ٢ - إذا ثبت أن الشيء فليج قد تغير عن الحالة التي كان فيها وقت الرؤية الأولى .

٣ - إذا أراد المشتري في عقد البيع يأنه قد رأى المبيع وقبله بطاعته إلا إذا ثبت أن البائع قد غرر به :

٤ - إذا وصف الشيء في العقد وصفا يقوم مقام الرؤية بشرط أن يظهر المبيع مطابقاً لهذا الوصف .

موت المشتري، لأن خيار الرزية سبق لا يتعلل بالميراث ولا بجور
الورثة استعاليه .

موت تصرف للمشتري بالمبيع قبل الرزية . والله اختلف الفقهاء في مكان
التصرّات التي تسقط خيار الرزية . إلا أن الرأي الراجح يلحظ النسي
سقوطه بتصرف المشتري في المبيع قبل الرزية تصرفاً يوجب سقاً للمشتري
عليه ، إذ يتعدّد نسخ مثل هذه التصرفات وعدده لا يتكوّن للخيار ثلاثة
تسقط (١)

تسليم المبيع أو هلاكه بعد القبض وذلك لاستحالة رده . وكذلك
الحكم إذا أصبح المبيع في حالة لا يمكن رده كما لو كان قسماً فتمت المخرى /
و - صدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرزية أو بعدها
كما لو صدر منه ما يدل على الرضا بالمبيع سرّاً أو جهاً سواء كان
ذلك قبل الرزية أو بعدها .

مضي المدة . لأن الخيار من موانع يقضي بهي المدة الخامسة أو مضي
الوقت الذي يحدده البائع عرفاً أن يرد المبيع خلاله .

واختلف الفقه حول مدى ضرورة النص على استكام خيار الرزية . إلا أن الرأي
الراجح يقر أن القواعد العامة في الغلط لا تنطبق للمشتري ما يحمله له خيار
الرزية . فمخيار الرزية وأن كان يقوم على أساس فكرة الغلط إلا أن
يعطى للمشتري الحق في رد المبيع ولو لم يكن هناك غلط في صفة جوهرية
في المبيع . كما أن الغلط في خيار الرزية غلط مفترض ، إذ يكفي ادعاء
المشتري حتى يصدق بقوله ، بينما ينبغي على من يدعي الغلط في القيمة
الحديث اثباته . إضافة لذلك كان خيار الرزية لا يؤثر على صحة العقد
ونفاذه (٢) أنه غير لازم للمشتري حيث له قسم العقد أو قبوله .
يجعل الغلط في صفة جوهرية للمبيع العقد باطلاً .

(١) الهلالي ، وحامد زكي . ص ٢٢ هامش (١) .

الفروع الثاني

صور الرضا وأعماله

الثالب في عقد البيع أن تصب ارادة الطرفين المتعاقدين على إبرام هذا العقد مباشرة . ولكن قد يكون البيع مسبوقا بمرحلة تنهيدية بحيث يأخذ العقد في هذه الحالة صورة وعد بالبيع أو وعد بالشراء . كما أن البيع كغيره من العقود قد تدخل عليه بعض الأوصاف فيجعله عقدا مرجوحا ، لذلك يتوجب علينا دراسة البيوع المرصونة ، إلا أننا مع ذلك سنتكبر على بحث أهم هذه البيوع وأكثرها انتشارا في الحياة العملية .

المبحث الأول

الوعد بالبيع والشراء

الوعد إما أن يكون وعدا بالبيع أو وعدا بالشراء ، أو أن يكون وعدا متقابلا بالبيع والشراء . كما هناك صورة خاصة من الوعد بالبيع هو الوعد بالتعجيل (١) .

إننا سنتناول في أدناه صور الوعد المختلفة والمبينة في أعلاه في مطالبات متتالية .

(١) لا يقر جمهور فقهاء الشريعة بصحة امتثال هذه العقود ، فقد نصت المادة ٧١١ من المذلة على أن (عينة الاستقبال التي يعنى الوعد المبرور متبيل ما بيع وما اشترى لا ينقطع بها البيع) . كما وتنص المادة ٣٥١ من مرشد الحيران على أنه (لا يصح تطبيق البيع بشرط أو ساذة مستقبلية ولا يصح إضافته إلى وقت مستقبل) .

المطلب الأول

الوعد بالبيع

١ - تعريف الوعد بالبيع وتكليفه القانوني :

الوعد بالبيع عقد يلتزم به شخص بأن يبيع شيئاً معيناً بضمن معين للموعد له . إذا أيدى الأخير وضعه في الشرع خلال مدة معينة .

فالوعد بالبيع يختلف عن الإيجاب بالبيع إذ يجوز الرجوع عن الإيجاب إذا لم يقترن بعد بالقبول أو إذا لم تحدد مدة للالتزام . بينما الوعد بالبيع عقد ينشأ من إيجاب الواعد بالبيع وقبول الموعد له ، لذلك لا يمكن الرجوع عن الوعد من قبل الواعد .

كما أنه يختلف عن البيع لأن عقد البيع عقد ملزم لجانبين : أما الوعد بالبيع فهو عقد ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد ويعتبر بعض الفقهاء الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط واقف من استكمال الموعد له حقه في الشراء . إلا أن هذا الرأي منتقد . لأن في البيع المعلق على شرط واقف تنتج إرادة الطرفين منذ إبرام العقد إلى البيع والشراء مع تعليق الالتزامات التي تنشأ عنه إلى حين تحقق الشرط الواقف . بينما في الوعد بالبيع لا تنتج إرادة الواعد والموعد له في شيء من ذلك . ويرى آخرون بطلان الوعد بالبيع لاقتراءه بشرط إرادي محض . وقد اتفق هذا الرأي أيضاً يدعي أن من المبرور عند الشرط الإرادي المحض الذي يطل العقد هو ذلك الشرط الذي يعلق تحققه أو تخلفه وبالتالي وجود الالتزام أو عدمه على مجرد إرادة المدين . بينما يلاحظ في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد أن إتمام العقد يتوقف على إرادة ائتمان :

وينصب جبهود الشراح إلى أن الوعد بالبيع عقد صحيح يتميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة .

٢ - أركان الوعد بالبيع

يتضح من نص المادتين ٩٦، ٩٨ من القانون المدني أن أركان الوعد بالبيع هي : الرضاء والمبيع والثمن والمدة والشكالية .

الرضا الوعد بالبيع باعتباره عقدا لا يسد لانقاده من وجوب الرضا
فالرعا يلزم ان يكون اهلا للتصرف أي البيع النهائي وقت الوعد بالبيع
 لان الاهلية بالنسبة للرعا تقلد وقت الوعد لانه يلتزم برعده من هذا
 الوقت (٩) .

أما الموعود له فلا يلتزم شيء وقت الوعد بالبيع ، لذلك يكفي ان يكون
 مميزا في هذا الوقت، على ان تتوالى فيه اعلية التصرف وقت اظهار رغبته في
 شراء لانه يلتزم بالبيع النهائي في هذا الوقت لا وقت الوعد . اما يجب
 الارادة فتقدر بالنسبة اليه وقت الرعد ووقت التعاقد النهائي معا ، لان الرضا
 يصدر منه في هذين الوقتين . يجب ان يكون رضاؤه في كليهما صحيحا .

التمتع : يلزم لانقضاء الوعد بالبيع ان يكون الثمن معددا في العقد
 باتفاق الطرفين او على الاقل ان يكون هذا العقد حقيقيا الاساس (التي
 تجعله قابلا للتحديد) . اما اذا لم يكن الثمن معددا في العقد او قابلا
 للتحديد فلا يتعدد الوعد بالبيع لتخلف ركن الثمن فيه .

المبيع : ويجب لانقضاء الوعد بالبيع تعيين المبيع تعيينا تاليا
 للجهاالة الفاحشة . كما ينبغي اضافة لذلك ان يكون المبيع ممسا يجوز
 التعامل فيه قانونا والا فلا يصح الرعد كما هو الحال عند ورود الوعد
 بالبيع على التعامل بالثركة ، المستفلية او على حادثة من المواد التي
 منع القانون التعامل فيها كالافيرن والحشيش وغيرها .

د - الكسفة : الوعد بالبيع - كما اسلفنا - هو عقد يلتزم به الواعد
 بان يبيع شيئا معيناً بثمن معين للموعود له ، اذا ما ظهر الاخير رغبته
 في الشراء خلال مدة معينة .

(٩) د لالي وحامد زكي ص ٩١ وما بعدها انورد سلطان ص ١٠٠ .

لتحديد المدة التي على الوعد له خلالها استكمال حقه في الشراء، ليس
ضروري لانعقاد الوعد بالبيع - كما انه امر ضروري وعليه المواعيد مخصصة
لا يبقى تحت رسة الوعد له مدة لمجر محلاة (١) .

وتعديده المدة كما يجوز ان يتم مراعاة بتحديد مدة محددة او قابلية
للتحديد . يجوز ايضا ان يشع دلالة كما لو تبين ان العقد الموعود به لا يمكن تنفيذه
بعد فترات زمنية معينة ، فهذا الوقت هو المدة التي يجب خلالها اتمام هذا
العقد . وكذلك اذا ورد الوعد بالبيع في عقد ايجار فيمكن القول بان مدة الوعد
هي نفس مدة الاجار (٢) .

ومع ذلك فذهب البعض الى ان لا مجال للاعتماد بالرأى القائل
بجواز الوعد بالبيع ولو لم تحدد له مدة مراعاة في العقد - بناء على المادة ٩٩
من القانون المدني العراقي . تستلزم مراعاة تحديد هذه المدة .
وعليه كل اذا لم يتضمن الوعد لاهتمامه ولا ضمنا مدة لاهتمام البيع
النهائي ، كان الوعد بالبيع باطلا .

٣- المشكلة : تنص المادة ٩٩ من القانون المدني بوجوب اتباع الشكلية
في الوعد بقدر ما لا يكون العقد المراد ابرامه خاضعا للشكلية بالذات سواء اكانت
الشكلية المقررة هي للاستعداد ام للانبات .

الا انه لما كان التسجيل كمنافس قاسما على التصرفات التي توجب انشرا
من الآثار الواردة في الفقرة الاولى من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري وهي
(٠٠٠) كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق عينيا اصيلية والتبعية ونقله
او تغييره او زواله وكل تصرف ملزم لحق من الحقوق المذكورة ، وجب ان
الوعد بجميع العقار لا يوجب مثل هذه الآثار اذ يبقى الراس مالكا للعقار المسجل
وعند بيعه ، فان الوعد لا يشير من ضمن هذه التصرفات ولذلك لا يسجل في بائنة

(١) الصراف - ٥٥

(٢) مصطفى حبيب ، شرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثالث ، ١٩٧٩ م
٣٠٤ مؤلفا : موزع احكام قانون التسجيل العقاري ، ١٩٩٠ م ١٦٧ .

التسجيل العقاري مما يعني بطلان الوعد (١) في التصريح المرقى وليس لهذا الحكم محل في القانون المدني المصري الذي يشير فيه بيع العقار علناً وشائياً . ولكن ما الحكم إذا أبقى الموعود له رغبته في شراء العقار خلال المدة المنفق عليها ؟

لاستطيع القول بتحويل الوعد إلى عقد بيع عقار لبطلان الوعد أصلاً للسبب الذي بيناه إلا أن بالإمكان القول بأننا نكون في مواجهة بيع عقار غير مسجل (خارجي) الأمر الذي يقتضي خضوعه لإحكام هذا العقد الباطل (٢)

٣ - أحكام الوعد بالبيع :

الوعد بالبيع عقد يمر في مرحلتين : هما مرحلة الوعد بالبيع ومرحلة البيع النمام -

أ - أحكام مرحلة الوعد بالبيع :

تبدأ هذه المرحلة وقت انعقاد الوعد بالبيع وتنتهي بانتهاء الأجل المحدد لظهور الموعود له رغبته في الشراء -

والعقد في هذه المرحلة يكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواعد إلا أن هذا الالتزام ليس إلا التزاماً (شخصياً) يلتزم الواعد بموجبه بإبرام البيع النهائي ، إذا طلب الموعود له ذلك خلال المدة الملتزم عليها لذلك -

وتركيب كل من هذه النتائج التالية :

أولاً - إن الوعد يبقى مالكا للشيء الموعود بينه وبالتالي يكون له حق التصرف فيه بكلية أنواع التصرفات كالبيع والهبة والوصية وغيرها

- (١) مصطفى مجيد مفرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثالث ، ١٩٧٩ ص ٤٠٤ - مؤلفا : موجز أحكام قانون التسجيل العقاري ، ١٩٩٠ ص (٢) متبين أحكام بيع العقار غير المسجل في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من هذا المؤلف -

ذلك . وتكون هذه التصرفات نافذة في مواجهة الموعود له إلا أنه لا يخفى
المطالبة بالمعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية .

وللموعود له إضافة إلى ذلك إقامة دعوى عدم نفاذ التصرفات فيما إذا
توفرت شروطها (٢٦٣ و ٢٦٤ م ممني) .

هذا ولما كان اتبأت هذه الشروط أمرا حتميا في الغالب ، تفلسك كثيرا
ما يلجأ الموعود له إلى الاتفاق مع الواعد على أن يرتب له رهنًا على الشيء الموعود
ببيعه ، فيضمن بذلك الأفضلية لحماية حقه من أيما تصرف قد يصدر عن
الواعد خلال المدة المعينة للوعد .

كثيرا ما كان الشيء الموعود ببيعه يبقى في حلك الواعد فملاكه كليا يكون
على الواعد ويؤدي إلى انقضاء التزام الواعد . أما إذا كان الهلاك جزئيا فيبقى
البعض بان الموعود له يكون له حقه الحالة مخير بين رفض الوعد أو قبضته
الباقى من الموعود ببيعه بكل الثمن المتفق عليه لأن الثمن محسب في حقه الوعد
ولا يجوز إبطال الواعد على انقضاء (١) أو تأكيد الرأي القائل بأن المشتري
اتمام البيع مع انقضاء الثمن في هذه الحالة (٢) وذلك نظرا لعدم القضية الأولى
للمادة ٢٧٧ من القانون المدني التي تنص على أنه (إذا هلك المبيع في يد البائع
قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث
الهلاك بعد إخطار المشتري لتسلم المبيع وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم
لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقضاء الثمن) .
إذا حصلت زيادة في قيمة الشيء لا في مقداره ، ووافق المشتري على الشراء
فإن البيع يتم بالثمن المتفق في الوعد . أما إذا حصلت الزيادة في مقدار الشيء
الموعود ببيعه واظهر الموعود له رغبته في الشراء ، فالزيادة تكون في حقه الحالة
من حقه الواعد ولا يجر على التنازل عنها إلا في مقابل (زيادة الشيء) (٣) .

(١-٢) السجودي ج ١ ص ٦٤ هامش (٢) . الهلالي وحامد زكي ص ٩٣ انفسود
سلطان ص ٧٦ . لماري ص ٥٢ صامص (١)
(٣) الهلالي وحامد زكي ص ٩٢ هامش رقم (٢)

كما أن نفاذ الشيء وحاصلاته خلال مرحلة الرصد تكون ملكا للواعد ولا يمنح للموعد له ، إذا ما أبدى رغبته في الشراء ، المطالبة بها .

ب - للموعد له أن يحول حقه الشخصي إلى الغير طبقا للواعد حواله الحق لأن حق الموعد له حقا مالي ليست لشخصيته في التنازل أي اعتبار في تعهد الواعد (ألا إذا وجد اتفاق ينسب من ذلك ، أو أنا ودعى في نفسه شخص الموعد له وأن لية الطرفين المتعاقدين منصرفة إلى علم جواز إسقاطه .

مؤثرا - لما كان الموعد له دائما يحق شخصي ، فله به - هذا الاعتبار وطبقا للقواعد العامة في الاكتسابات اجبار الواعد ، باعتباره هدفا ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا (246) م مدني .

ب - احكام مرحلة البيع التام :

إذا مضت المدة الممنوعة لتعهد الواعد دون أن يظهر الموعد له رغبته في الشراء تحل الواعد من التزامه قبله من دون حاجة لإظهاره (كذلك الحكم إذا ما أعلن الموعد له رغبته في الشراء بعد انقضاء المدة المذكورة أو إذا أعلن عدم رغبته في الشراء خلال هذه المدة ، لأن الموعد له بهذه الرضا يكون قد أبرأ نفسه الواعده من وعده

أما إذا قبل الموعد له الشراء خلال المدة مازال البحث ، فإن الوعيد بالبيع يتحول في هذه الحالة إلى عقد بيع تام منتج لآثاره القانونية .

أ - وإظهار الرغبة لا يفتضح لشكل مخصوص قانونا فهو قد يحصل بالقول أو بالكتابة أو قد يرد صراحة أو ضمنا - فتصرف الموعد له بالموعد ببيعه أو دفعه لتسقط من اقتضاها التسع يعتبر قبولا ضمنا بالشراء .

وليس إعلان الرغبة إلى وجهي ، فالبيع لا ينقطع إلا من وقت قبول الواعد له بالشراء .

ويترتب على ذلك أن جميع تصريحات الواعد التي رتب بها حقا للمعسر على المال الموعود به ضرسى في مواجهة الموعود له ، سواء أكان حق الغير حقا عينيا أم مخصصيا ، وأنكن للموعود له المطالبة بالتعويض أو الطعن في التصرف بدعى عدم تفساده في حالة إيقاع المادة ٢٦٣ من القانون المدني إذا توفرت شروط تطبيق هذه المادة (١).

وكذلك من تعين طبيعة المبيع ، إذا أراد المشتري الطعن في العقد للمعيب المخفية ، وما إذا كان المبيع خطيا أو ظاهريا ينظر إليه في تاريخ اعلان الموعود له رغبته في الشراء لاوقت الوعد بالمبيع .

كما أن طبيعة الثمن ينظر فيه الى قبة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء . وعلى كل حال ، فمقدار المبيع يصبح الوعد بالثمن والموعود له مشتريا ، وترتبته في ذمة الاول التزامات البائع وفي ذمة الثاني التزامات المشتري .

المطلب الثاني

الوعد بالتفصيل

الوعد بالتفصيل : اتفاق يعمد بموجبه الواعد بأنه ، في حالة تصوره بالعين بالمبيع سيقتل الموعود له ، إذا دفع نفس الثمن / فإذاعة حتما يلتزم أن هو أراد البيع بتفصيل الموعود له على غيره ، إذ قبل الشراء خلال المدة المتفق عليها وبالثمن الذي يوافقه الثمن .

ترجع الترافيق الثقاتل ببطالان الوعد بالتفصيل بداعي انه معلق على شرط ارادى بعض يتوقف تحققه أو تخلفه على ارادة المدين وهو (الواعد) . ومع ذلك ، فذهب رأى آخر الى خلاف ذلك بحجة ان البيع لايتوقف على مديونية الموعود له . قد تحمله ظروف خارجية على البيع فيكون في هذه الحالة ملزما بوجه قبل الموعود له (٢) .

(١) - انور سلطان ص ١٠٨ ، مالك دوهان الحسن ص ٨٥
(٢) - غني حنين ط ١١٨ و ١١٩ ، الصراف ص ٦٠

وينتجس الوعد بالتفضيل لاحكام الوعد بالبيع للكلزم لجانبا واحدا الا انه لا يلزم فيه تحديد الثمن في الحال . لانه يحدد في الغالب في المستقبل لان الثمن هنا هو الثمن الذي يدره الغير .

لا يابل للتعيين اذ ان العقد يتضمن الوسيلة التي تمكن من تعيينه (٢) . ومع ذلك فان الوعد بالتفضيل يختلف عن الوعد بالبيع في الامور التالية :
١- لا يكون لشخص الموعود له في الغالب اعتقاد في التصديق ولذلك لا يجوز له تحويل حقه للغير او التصرف به دون رضا الواعد .
٢- ان حق الموعود له في الشراء ينشأ في الوعد بالتفضيل في الوقت الذي يوجب فيه الواعد بالتبيع . بينما ينشأ حق الموعود له في الوعد بالبيع من تاريخ ابرام الوعد .

الوعد بالبيع وعد بان يبتاع الوعد بالتفضيل وعد مطلق على شرط واقف على رأي القائلين بصحة

والوعد بالتفضيل فوائد عملية . فهو يسمح للمنتاجر ان يحصل من المؤجر على وعد بتفضيله اذا اراد بيع العين المؤجر . كما يستطيع من يضطر الى بيع شيء عزيز ان يحصل على وعد من المشتري لهذا الشيء بتفضيله اذا رغب هو في بيعه مستقبلا .

والوعد بالتفضيل يخلق للواعد الصلحة التي يحققها حق الشفعة للتبيع في الحالات التي لا يجوز له البيع بحق الشفعة كما لو لم تتحقق شروطها .

ومع ذلك فان الوعد بالتفضيل قد يتسبب في بعض المساوي كما في حالة توافد الواعد مع شخص ثالث على تقديم ثمن عالي صوري لتسليم الموعود له من استعمال حقه في التفضيل .

(٢) بخصوص ذلك يرجع : غني حوز مله . المراجع المشار اليها ص ١٢١

ويجوز الإضارة منها أيضا إلى أن الوعد بالتفضيل يعتبر باطلا إذا تعلق
 ببيع عقار .

ويجوز أن تشير إلى أن الوعد بالتفضيل لا يقتصر على الوعد بالتفضيل بالبيع
 والوعد بالتفضيل بالشراء ، وإنما يمكن أن يكون وعدا متبادلا من كلا الطرفين
 المتعاقدين بتفضيل أحدهما على الآخر من الناس إذا أراد بيع أو شراء شيء معين
 خلال مدة معينة .

المطلب الثاني الوعد بالشراء

(١) تعريف الوعد بالشراء :

الوعد بالشراء عقد يلتزم به الواعد بشراء شيء معين ضمن معين إذا أظهر
 الوعد له (البائع) رغبته في البيع في خلال مدة معينة والوعد بالشراء أحادي
في الحياة العينية ، إذ هو يقتصر في المجال لملك البعير الذي لم يقرر بيع عقاره
 وقت تقدم رغبته في شراؤه ، المحصور على وعد من الأخير بالشراء فبما إذا أراد
 هو البيع في بحر مدة معينة . كما أن الوعد بالشراء يحصل في البيع الذي يتم
 بالقرارد الممنوع ، ففي حالة تنفيذ الدائن على عقار مديونة يكون للأخير كـ
 المصلحة في أن يباع عقاره بأعلى لمن يمكن ، ولذلك يجد المدين إلى الاتفاق مع
 شخص آخر للتقدم إلى المزايعة لإبلاغ الثمن إلى أحد معين ، وهذا الاتفاق
 يعتبر وعدا بالشراء ، إذ يلتزم الواعد بشراء معين بالثمن للمعين في الاتفاق ، إلا
 أن التزامه هذا ينقضي إذا وما انشأه بمن أعلى من الثمن المتفق عليه . أما
 إذا لم يتقدم للمزايعة أصلا ، أو إذا وما المزاغة على لم يره بمن قبل من الثمن
 المتفق عليه ، الزم يدفع الفرق إلى الموعد له على سبيل التعويض لاختلال
 بوعده (١) .

والوعد بالشراء قد يقع على صورة وعد بالتفضيل بالشراء وعلى الوجه
 الذي استلطنا عنه بحث (الوعد بالتفضيل) .

(٧) طبيعة الوعد بالشراء والوكالة والوكالة :

الوعد بالشراء لا يختلف عن الوعد بالبيع من حيث الطبيعة والارتكان ، لذلك نحيل فيما يتعلق بهذه الأمور الى ما يبيانه عدد دراسة الوعد بالبيع .

اما حكم الوعد بالشراء فهو كحكم الوعد بالبيع تماما مع ملاحظة اختلاف مركز كل من المتعاقدين بالوعد في الوعد بالشراء هو المشتري ، وبينما الوعد في الوعد بالبيع هو البائع . كما ان الموعود له في الاول هو البائع ، في حين ان المشتري هو الموعود له في الثاني .

وبناء على ما تقدم فلان العقد يتم ويلزم الواعد «المشتري» ، اذا استعمل الوعد له «البائع» حله في قبول البيع . ولكن الموعود له لا يكون ملزما بقبول البيع ، فهو حر في قبول البيع او رفضه . ولذلك يستطيع التصرف في المبيع الموعود بهما تميز الواعد دون ان يعرض نفسه للمسؤولية (١) لان البائع هو الدائن بالوعد ، لبيعه لغير الواعد ، يعتبر تعاؤلا منه من حقه التناهي من عقد الوعد (٢) .

اما الواعد فيلتزم بالشراء طوال المدة المحددة في العقد ، ولا يسقط هذا الالتزام الا اذا رفض الموعود له البيع او اذا مضت المدة المذكورة دون اعلان الرغبة في البيع .

واذا تم العقد بأن قبل الموعود له البيع خلال المدة المعينة ، التزم كلا من الطرفين بالالتزامات التي يترتبها عقد البيع على كل من البائع والمشتري

(١) الهالتي وسامه ذكي ص ١٠٠ ، زبور سلطان ص ١٦٢ ، الصراف ص ٦١ .

المطلب الرابع

الوعد المتبادل بالبيع والشراء

(١) تعريف الوعد المتبادل بالبيع والشراء وتكييفه القانوني :

الوعد المتبادل بالبيع والشراء عقد يوجبه على كل من المتعاقدين
آخر الأول بأن يبيع والثاني بأن يشتري مالا مبيعا فنجس مبيع اذا قيل كقول
عقد لم يفسد فيه الاخر خلافاً لمبدأ

ان التراجع والى كانوا يسمون على اعتبار الوعد المتبادل بالبيع والشراء
عقدا ملزما للجانبين الا انهم على خلاف حول ما اذا كان هذا العقد مجرد
وعد بالبيع والشراء او انه عقد بيع تام

والرأي الرابع في فرنسا يذهب الى اعتبار الوعد المتبادل بيعاً تاماً اذا
كان الوعد مطلقاً على شرط اذا كان الوعد مطلقاً على شرط ، ومضافاً
الى اجل اذا كان الوعد مضافاً الى اجل

ويظهر القانون المدني المصري الرمز المتبادل بالبيع والشراء وعندها
51 نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٠٦ من القانون المذكور على ان (الاثنان
الذين يمتد بوجبه كل المتعاقدين او اخضعها بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد
الا اذا عرفت جميع السائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب
ايراسه فيها)

ويذهب بعض السراخ عندنا الى اعتبار الوعد المتبادل بالبيع والشراء بيعاً
تاماً ويرتبون النتائج التالية على ذلك (١) -

ان الوعد المتبادل بالبيع والشراء عبادة عن عقد بيع فاقبل لتطبيقاته
هذه استدل به

(١) نقلا عن الحسن ص ٩١٩

يحكم ان الوعد المتبادل اذا انصب على بيع تلك المير باطل .
 ✓ ~~حكم~~ ان التسجيل ضروري للوعد الذي يتعلق ببيع وشراء عقار .

ومع ذلك ينص المراقب الرابع (١) الى ان الوعد المتبادل في ظل التشريع المدني العراقي عبارة عن وعدين متقابلين : وعد بالبيع من قبل البائع . ووعد بالشراء من قبل المشتري . وتؤيد الفقرة الاولى من المادة ٩٦ من التشريع العراقي ذلك ، لانها تعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد (الاتقان الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل) .

ويميز المرحوم الاستاذ السهرى في هذا الصدد بين الوعد بالبيع والمشتراء من جانب واحد وبين الوعد بالبيع والشراء من الجانبين - ويرى وجوه عقدين في الحالة الاولى ، العقد الاول هو وعد البائع من صاحب الموصود ببيعه والمقد الثاني هو وعد الشراء . اما في الحالة الثانية فيعتبر عقد واحد يلزم الجانبين ، لذلك فلا بد منه ان يتم البيع ، بل قد تم البيع . فعلا ، حيث يلتزم بموجبه صاحب الموصود ببيعه والبائع بالتزام الطرف الاخر بالشراء (٢) .

ويعرض البعض على هذا التمييز بداعي عدم اهكايه الاختلاف في طائل التشريع العراقي ، لان الحالة الاولى ، التي تشار اليها المرحوم السهرى تعتبر وعدا بالبيع والشراء ملزما للجانبين ، وذلك نظرا لحكم المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي الذي تنكلم عن الاتقان لا ابتداء الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين (او احدهما) بابرام عقد معين في المستقبل والتي تعتبر في لغتها الثانية الى الاتقان لا ابتداء الذي يتضمن وعدا بابرام عقد شكلي .

فهذا الوعد لا يعتبر بجا ناهيا لانه الطرفين ارادا به ان يلتزم احدهما بالبيع اذا وفي الآخر بشراء الشيء خلال المدة معينة . وان يلتزم الاخر بالشراء اذا رغب الاول بالبيع خلال نفس المدة . فالبيع النهائي لا يتم الا في اللحظة التي يظهر

(١) قني محمود ص ١٢٦ . الصاء ص ٦٣ .

(٢) السهرى ج ٤ -

فيها احدهما رغبته باجرائه ولذلك فالمقد النهائي قد لا يتشا أصلاً إذا لم يسم
 يظهر في منهما رغبته بتحويل الوعد بالبيع الى بيع فلا يتم البيع النهائي (١).
 أما الحالة الثانية سمّاها المرحوم المدد زري : (البيع الابتدائي) .
 فلا علاقة لها بالوعد بالبيع ، لأن المقد الذي تتم بين الطرفين هو عقد بيع
 تمام منتج للالتزامات في ذمة البائع والمشتري ، وكل ما هنالك هو أن
 الطرفين يتفقان على تأجيل تنفيذ هذه الالتزامات الى أجل محدد يتجهذان عند
 حلوله بالقيام باجراء معين كتحرير العقد في سنة رسمي نو عادي (٢) .

٢ - أركان الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء : -

سبب المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي ، يلزم لانقضاء الوعد المتبادل
 بالبيع وبالشراء توافر اركان المقد المراد إبرامه ، ولذلك يجب لانقضاء اتفاق
 الطرفين المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية مسن مبين وضمن ، كما
 يجب تحديد المدة التي يجب فيها إبرام العقد الموعود بمدة مع استيفاء الشكل
 الذي يفرضه القانون لانقضاء المقد المذكور .

ولسبق شرح هذه الأركان عند بحث الوعد بالبيع ، فلا مبرر لاستعادة
 ما بيناه بصعدها هنا مع ملاحظة أن الإهلية اللازمة لكل مسن المتعاقدين
 في الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء قد مر هنا وقت الوعد ، لأن كل منهما قد أصبح
 ملزماً في هذا الوقت - أما باعتباره وعداً بالبيع وأما وعداً بالشراء -
 ولكن ما الحكم إذا سكّت المتعاقدان عن تحديد المدة التي يظل فيها الوعد
 قائماً .

ينحجب البعض الى القول بأن هذا العقد وإن لم ينفذ وعداً متبادلاً بالبيع
 وبالشراء فتختلف ركن من أركانه إلا أنه يجوز اعتباره عقد بيع تام ناجز
 وذلك (لتوافر أركان البيع ذاته لأن إرادة كل مسن الطرفين الجوهري

(٢-١) العامري ص ٥٤ - غني حنون ط ٢ ص ٩٢٧ .

فيه الى الادبابط يعتقد بيع اذا قبل الطرف الاخر ذلك . وقد تحققت هذه
الشروط من وقت تبادل الرضا (١) .

ويستمر على هذا الرأي ، بحق ، لان الاختار به يؤدي الى الافراط في
تطبيق نظرية تحول العقد ، ذلك لان من المتعذر القول باتقاء نية الطرفين
للتعاقد في الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء الى تمام الناجز .

اذ الواضح من صيغة الوعد ان المتعاقدين لم يريدوا البيع التام والشراء
وانما ارادوا ان يعد احدهما بان يبيع اذا اراد الاخر الشراء وان يعد المتعاقده
الاخر بان يشتري اذا اراد الطرف الثاني البيع .

والرأي الراجح يذهب الى ان عدم تحديد المدة في الوعد المتبادل - صراحة
لا يؤدي الى بطلانه اذا كان باعكان القاضي تلمس تحديدها من ظروف التعاقد ،
لان تحديد هذه المدة كما يجوز ان يتم صراحة يجوز ان يتم ضمنا ايضا الا ان
الوعد يكون باطلا اذا لم نحدد المدة فيه صراحة ونعتمد على القاضي استنتاجها من
ظروف التعاقد ، ولا يمكن ان يتحول الوعد في هذه الحالة الى بيع تام لمهم
اعتراف لية الطرفين المشتملة الى المقدم الاخير (٢) (١٤٠ م مدني) .

حكم الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء

ان الاحكام التي تترتب على الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء هي
نفس احكام الوعد بالبيع ، ولا يختلفان الا في نقطة واحدة هي حق تحويل
الوعد الى بيع نهائي . فهذا الحق ينبت في حالة الوعد المتبادل
بالبيع وبالشراء لكل من الطرفين باعتبار ان كلا منهما موعود له - في حق
لن حق تحويل الوعد الى بيع نهائي يعود الى احد الطرفين في الوعد بالبيع .

(١) مرقس وامام ل ٥٧ .

(٢) غني حسون طه ١٢٨ ، ١٢٩ - المصراف ص ٦٤ .

المبحث الثاني

البيع بشرط الخيار

(١) تعريف البيع بشرط الخيار وأصله الشرعي :

خيار الشرط هو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما أن يكون له
أو لشخص اجنبي خيار فسخ العقد أو اضافته خلال المدة المقررة لذلك

والأصل الشرعي في جوازها هو ما روي عن ابن دجل و كان ضعيف الإدراك
لقد ذكر لرسول (ص) أنه يفسد في البيع فقال له الرسول (ص) : إذا
بايعت فقل لأخلاق - أي لا تصدع - ولي الخيار ثلاثة أيام (٢) -

أن فقهاء الشريعة وإن كانوا على انقضاء حصول صحة اشتراط الخيار
لمصلحة الطرفين المتعاقدين ، إلا أنهم على خلاف رسول جواز اشتراطه للغير -
وبالرأي الذي يميزه أخذ المذاهب المراتبي (٣-٤م) -

(٢) العقود التي يجري فيها الخيار :

ينصب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن العقد الذي يصح فيها خيار
الشرط هي العقود اللازمة من طرف واحد أو طرفين والتي يجوز فسخها
البيع والأيجار والمزارعة والكفالة وغيرها :

أما العقود غير اللازمة كالوديعة والعارية فلا معنى لاشتراط الخيار
فيها ، لأن مالها كان الرجوع عنها من دون حاجة إلى اشتراط الخيار فيها .
كما أن خيار الشرط لا يجري في العقود اللازمة التي لا تحل الفسخ كالتزواج
والبين والنذر والخلع والامال لأن استعمال الخيار يعني الفسخ وهذا العقود
غير قابلة للفسخ شرعا .

(١) الجزيري ، ج ٢ ص ١٧٤ .

وأذا شرط الخيار للبائع والمشتري معا فإنهما فسخ أثناء المدة الفسخ
البيع . وإذا أجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقي الخيار للآخر الذي
انتهت المدة .

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية للخيار مدة معلومة ولا فسخ العقد
إلا أنهم على خلاف حول مدة الخيار . فالبعض منهم يذهب إلى وجوب
عدم تجاوزها ثلاثة أيام وذلك نظرا لما جاء في الحديث النبوي الشريف وذهب
آخرون منهم إلى تنوع مدة الخيار بحسب المبيع . فإذا كان المبيع عقارا جاز
أن تستد مدة الخيار إلى مدة تتراوح بين سنة وثلاثين^١ ولعمامة^٢ ولثلاثين يوما وإذا
كان المبيع من عروض التجارة أو الدواب الفير المدة للمثل أو الركوب لمدة
الخيار تتراوح بين ثلاثة أو خمسة أيام .

ويذهب فريق ثالث منهم إلى إجازة الشرط حتى ولو زادت مدته عن
ثلاثة أيام (١) . والرأي الأخير يتفق مع حكم المادة ٥٠٩ من القانون المدني
المرئي الذي تقر صحة البيع بشرط الخيار لمدة معلومة .

ولا يشترط شكل معين للإجازة أو الفسخ . إذ يجوز ونوعها بالقول أو
بالفعل فمتلا إذا كان الخيار للمشتري وتصرف في المبيع كالتالك بالبيع أو الهبة
فيعتبر تصرفه إجازة لعلية . وكذلك الحكم فيما لو كان الخيار للبائع وتصرف في
المبيع تصرفا يدل على عدم الرضا ، كما لو عرضه للبيع ثانية أو أجرة إذ إن
عمل البائع هذا يدل على فسخ البيع .

وتنص المادة ٥١٣ من القانون المدني على أنه (في جميع حالات الخيار
إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى)
أن الحكم أعلاه ما هو إلا نتيجة طبيعية لحكم المادة ٥٠٩ سالفه الذكر
والتي تقر انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد ورغم وجود
الخيار . فما دام أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري من وقت إبرام العقد ،
فيجب ، رغم وجود الخيار ، أن تكون نية الهلاك عليه إذا هلك المبيع في يده
قبل الفسخ .

(١) الجزيري ج ٢ ص ١٧٧ .

د. محمد

رج. ط. ٢٠١٤

٤ (سقطت خيار الشرط : يسقط خيار الشرط في الحالات التالية :-
أ- الإحسان : فإن أجز العبد خلال المدة المقيمة فيه سقط الخيار وإن
فسخ الفسخ العقد ، فخير الشرط إذن يسقط بأجلته من اشترط له
الخيار خلال مدته .

ب- مضمون المدة : علمنا بأنه ينبغي لتحديد مدة معلومة في العقد للخيار فإذا
مرت المدة المذكورة دون أن يفسخ من اشترط له الخيار ، لزم العقد
وسقط خيار الشرط ، سواء كان عدم الاستعمال لعذر كالمرض أو الجنون
أو بدونه (١) (٥٦٦ م مدني) .

ج- مضمون من له الخيار : شرط الخيار لا يتقل بالآوت ، ويقترب على ذلك
أنه إذا كان الخيار للبائع ومات قبل فوات مدته ودون أن يفسخ أو يبيع
العقد ، ملك المشتري المبيع ، وإذا كان الخيار للمشتري ومات خلال مدته
وثبت أن يفسخ العقد أو يبيعه طرقة وارثه بلا خيار (٥٦٧ م مدني) .
إن أحكام القانون المدني العراقي (علاء بشأن (البيع بشرط الخيار)
تعتبر من قبيل القواعد الفسرة أو المكملة لازمة للطرفين المتعاقدين ، لذلك
يجوز الاتفاق على ما يخالفها (٢) .

كما يلاحظ على هذه الأحكام أنها مقتبسة من غلة الشريعة الإسلامية
ولا نظير لها في القوانين المدنية ، وهي في مجملها تكرار للقواعد التي نحس
عليها للشرح بشأن الشروط التي يمكن أن تقرن بالعقد ، بخاصة القواعد
الخاصة بالشرط العاسخ ، ولذلك كان الأولى بالمتنوع العراقي الاكتفاء بما نص
عليه من قواعد عامة في هذا الصدد منعاً من التكرار الذي لا مبرر له (٣) .

(١) الفاضي ج ١ ص ٢٩١ .

(٢) الصراف ص ٥٦ .

(٣) غني حنون ط ١ ص ١٢٢ - الصراف ص ٥٦ ذنون ص ١٥ العاصري ص ١٦١ .

المبحث الثالث

البيع بشرط التجربة

١ - تعريفه ولبونه :

البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة البيع قبل شرائه نهائيا ، وذلك إما لفرض العائد من صلاحية البيع للفرض المقصود منا ، أو للتأكد من ملائمته لحاجته الشخصية .

والطلة في اشتراط (التجربة) قبل التوالفة النهائية على البيع هي رغبة المشتري في عدم الالتزام بالعقد حالا وترجيح ابداء المروءة النهائية بالعقد بعد معاينة البيع وتجربته لما قد يترتب عليه من نتائج خطيرة ، خاصة اذا كان البيع متصفا على اشياء لمينة .

وحق المشتري في تجربة البيع لا ينشأ الا من تربط صريح في العقد او شرط ضمنى يستخلص من ظروف التعاقد ، وبصفة خاصة ما جرت به العادة او تقضي به طبيعة البيع ، فشراء الملابس الجاهزة ينطوي عادة على شرط ضمنى بان للمشتري قد اشتراها بشرط التجربة ، كما ان شراء الآلات الميكانيكية اذا كانت من الدلة بحيث لا يمكن الرجوع على صلاحيتها الا بعد تجربتها ، تفترض فيه التجربة شرطا ضمنيا (١) .

٢ - التكيف القانوني للبيع بشرط التجربة :

تقضي الفقرة الثانية من المادة ٥٢٤ من القانون المدني على انه (وصبر البيع بشرط التجربة مطلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، الا اذا تبين مسبقا الاتفاق او الظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ) .

فالاعمل ان البيع بشرط التجربة يعتبر إما مطلقا على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع بغير تحفظ .

(١) المسمى ج ٤ ص ١٣١ .

فالبائع قبل تحقق الشرط لا ينتج أي أثر من إتمام عقد البيع ولكن
البائع يلتزم بتأمين المشتري من تجربة البيع ، ويلتزم المشتري بأجراء التجربة
خلال مدتها .

وإذا تحقق الشرط بقبول المشتري للبيع بعد تجربته ، أو بكونه مع
يُمكنه من تجربة البيع ، انتج العقد كافة الآثار القانونية لعقد البيع بالنسبة
رجعي إلى وقت انعقاد البيع ، وبذلك ملكية البائع باثر رجعي أيضا .

ويترتب على ذلك بقاء جميع الحقوق العينية التي رتبها المشتري على
البيع خلال مدة التجربة ، ويزول تلك التي رتبها البائع عليه خلال المدة المذكورة .

أما إذا رفض المشتري البيع بعد تجربته خلال المدة المحددة لذلك تخلف
الشرط الرافق ويزال البيع بالرجعي .

ويترتب على ذلك زوال ملكية المشتري للمبيع والتي كانت معلقة على
شروط واقف جعل ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه
من البداية وبقي الحقوق التي رتبها البائع خلال مدة التجربة وتزول تلك التي
رتبها المشتري خلال نفس الفترة .

وللطرفين المتعاقدين الاتفاق على اعتبار شرط التجربة شرطا فاسحا وفي هذه
الحالة ينتج العقد جميع آثاره من انعقاد العقد والملكية تنتقل إلى المشتري على شرط
فاسخ هو عدم قبول المشتري للمبيع ، فإذا تحقق الشرط بأن لم يقبل المشتري
المبيع بعد تجربته انفسخ البيع باثر رجعي ، أما إذا قبل المشتري المبيع فيختلف
الشرط ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية بانه منذ إبرام العقد .

٣- أحكام البيع بشرط التجربة :

بموجب عقد البيع بشرط التجربة يلتزم البائع بتأمين المشتري من تجربة
المبيع ، ويلتزم المشتري بتجربة المبيع واعلام البائع برفض المبيع خلال
المدة المثلق عليها أو المدة المعلقة التي يمتنعها البائع
فإذا مضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة البيع اعتبر سكوتة قبولا
للببيع لأن سكوتة في معرض حاجة إلى بيان (٥٢٤/٩ مدني) .

وانه نيل النزاع حول المدة المفقولة . فالامر موقوف لتقدير المحكمة ولا
رغبة المحكمة التمييز عليها لأن القضاء عليه قضاء في مسألة موضوعية (١) .

ولا يشترط قيام المشتري بتجربة البيع بنفسه ،essel يجوز اجرتها من
أجل شخص من أصل التجربة يستعين به المشتري ، كما لا يشترط تجربة البيع
بمظهر البائع ، بل يجوز ذلك بغيره (٢) .

ويذهب البعض ، قياسا على خيار الشرط ، إلى أن شرط التجربة لا يبرئ
لأنه صيغة خاصة من صيغ خيار الشرط (٣) . وينصب الرأي تراجع إلى انتقال
هذا الشرط إلى الورقة في حالة موت المشتري ، لأن حق المشتري في التجربة
ليس يمتد من القسوى . فتصلة بمقتضاه (٤) .

والعبرة تكون بصلاحية البيع وملائته لحاجة المشتري الشخصية إذا كان
المقصود في تعليق البيع هو التثبت من صلاحية البيع لحاجة المشتري . ويعتبر
العبرة بصلاحية للعرض المقصود منه لذا لأن الغرض من التطبيق التثبت من
صلاحية البيع في ذاته للعرض المقصود منه .

وعليه لا يجوز للمشتري أن يرفض البيع في الحالة الأخيرة إلا إذا تبين عدم
صلاحية للعرض المقصود من مثله عادة ، بينما للمشتري رفض البيع في الحالة
الأولى، إذا تبين عدم صلاحية لحاجته الشخصية حتى ولو كان يعلق الغرض
المقصود من مثله

ولذا تغور استخلاص نصه المعاكدين . من ظروف التنازل فيفترض أن
المقصود من التجربة هو التحقق من ملائمة البيع لحاجة المشتري الشخصية .

وهذا هو ما يستتج من حكم الفقرة الأولى من المادة ٥٢٤ من القانون
المدرن التي نص على أنه (في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل
البيع أو يرفضه) .

(١) ذنون من ٧٦ و ٧٧، غني حسن طه ١٤١ . العاصري من ٦٢ ، ٦٣
مرقس زمام من ٢٨ ف ٣٨ ، السنهوري ج ٤ من ١٢٢ ، الصراف ٨٨ و ٨٩ .

وهنا حكم هلاك المبيع لدى المشتري بقوة قلمه وهو ما يزال تحسنت
التجربة ؟ لا صوابه في حالة ما إذا كان البيع بشرط التجربة مطلقا على شرط
دامخ ، حيث يتحمل المشتري ثبوت هذا الهلاك نظرا لانتقال ملكية المبيع اليه
من تاريخ انقضاء البيع .

ولكن الصعوبة تبرز في حالة ما إذا كان شرط التجربة واقفا ، حيث يتمرد
التساؤل حول من تقع عليه ثبوت الهلاك .

أن القانون المدني الفرنسي يعتبر البيع بشرط التجربة بيعا مطلقا على
شرط واقف دائما (١٥٨٨ م فرنسي) وبسبب المادة ١٦٨٢ منه واشتملقة
بالشرط الواقف تقع ثبوت هلاك المبيع على شرط التجربة قبيل حصولها على
البائع لا على المشتري .

ويذهب الشراح في مصر ، في ظل القانون المدني المصري الجديد ، إلى
أن ثبوت الهلاك تقع في الحالة مدبر البحت على البائع .

ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأي بداعي أن المشتري قد سلم
المبيع وأن القواعد العامة تقضي بأن ثبوت الهلاك تنور وجودا وهما مسح
التسليم . ذلك لأن هذه القواعد إنما تنطبق على البيع الناجز ، أما والبيع
بشرط التجربة معلق على شرط واقف فأن ثبوت الهلاك تقع دون شك
على البائع لا على المشتري (١) .

ويميز القانون المدني العراقي بين يد الضمان ويد الامانة ولما كانت يد الضمان
يد ضمان في البيع بشرط التجربة لذلك ، يكون هلاك المبيع عليه (١٥٨٨)
م مدني (٢) .

(١) انور سلطان فـ ٢١ - سلطان والمندى فـ ٢١٧ - السنهوري ج ٤ ص ١٢٦ ،
عبد العزيز عامر ص ٩٦ .

المبحث الرابع

البيع بشرط مذاق

١ - تعريف البيع بشرط المذاق وتكييفه القانوني :

عقد بموجبه يشترط المشتري على البائع الا يتم البيع الا اذا ذاق المبيع
ولم يتضاء . على ان يعلن هذا القبول في المدة المتفق عليها او المدة التي يحددها
فيها المرفق - ولا يصعد البيع الا من تاريخ هذا الاعلان - (م ٥٢٥ م متقسي)

وشروط المذاق قد يكون مريعا او خفيا يستخلص من الظروف
والغالب انهم اهم هذه الظروف لطبيعة البيع . اذ هنالك بعض المبيعات
مما لا يترك كنهه اذراكا تاما ، لا بمذاقة كالزيت والزيوت وغيرها من المأكولات
وللمشروبات التي تختلف فيها اذواق الناس /

واختلف الفقهاء في تكييفه . فالبعض يعتبره بيعا سلقا على شرط واقف
بعد قبول المشتري المبيع بعد ذوقه . وينسب الرأي الرابع الى اعتباره وعدا
بالباع صادر من جانب البائع وعزم له . وحط الرأي يتفق مع حكم المادة ٥٢٥
من التشريع العراقي الذي يقرر بان بيع المذاق لا ينعقد الا من الوكعة التي
يعرض فيه المشتري عن قبول المبيع .

٢ - احكام البيع بشرط المذاق :

البيع بشرط المذاق عتد ملزم لجانب واحد هو البائع الذي يلتزم
بإتيان المشتري بمذاق المبيع خلال المدة المحددة للاتفاق او العرف لاعلان
قبول المشتري او رفضه ايها .

أما المشتري فله مطلق الحرية في رفض المبيع او قبوله بعد مذاقه .
ولا يجوز للبائع ان يشي بوجود المبيع أو انه من الصنف الذي اعتد الناس
التعامل فيه .

وان قيل للمشتري المبيع بعد ذوقه انعقد البيع من تاريخ اعلان المشتري
ورغبته في القبول لا من وقت إبرام الاتفاق الاول .

ولكن العقد لا ينقذ إذا مضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لا إعلان
قبول المشتري للمبيع أو رفضه أي أنه دون أن يمان المشتري القبول أو الرفض
رغم تمكنه من طلاق المبيع ، لأن سكوت المشتري لا يعتبر قبولاً في هذا النوع
من البيع

ولا يشترط في قبول المشتري أن يكون مرتبطاً ، بسبل يجوز أن يكون
مستقلاً ، يستخلص من تسليم المبيع به مذاقه .

والمذاق يتم في الزمان والمكان المعينين في الاتفاق ، فإن لم يكن هناك
اتفاق صريح أو ضمني بهذا الصدد ، فيتبع العرف ، وأن لم يوجد عرف قطعي
المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع ، وهو في الغالب المكان الذي يوجد فيه
المبيع وقت التعاقد .

٢ - الفروق بين البيع بشرط المطلق والبيع بشرط التجربة :

يمكن تلخيص أهم الفروق بين هذين النوعين من البيوع على الوجه الآتي : -
أ - الفرض من المذاق هو التثبت من مناسبة المبيع للفرد المشتري ، بينما
الفرض من التجربة إما أن يكون التثبت من ملائمة المبيع للفرض المقصود
منه أو التأكد من ملائمة الحاجة للمشتري الشخصية .

ب - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فيكون بعد
التسليم .

ج - لا يعتبر سكوت المشتري في بيع المذاق قبولاً ، بل لابد من إعلان
المشتري قبول المبيع به مطلقاً ، في حين يعتبر سكوت المشتري خلال
مدة التجربة في بيع التجربة قبولاً للمبيع .

د - البيع بشرط المذاق عبادة عن مجرد وعد بالبيع ، في حين أن البيع بشرط
التجربة عقد بيع إلا أنه معلق على شرط واقف أو ماسخ بحسب الأحوال .

والذلك فالملكية تنتقل إلى المشتري منذ وقت إبرام البيع بشرط التجربة
نظراً لائتمار الرجعي الشرط . أما في البيوع بشرط المذاق فإن الملكية لا تنتقل إلا
من وقت المذاق وقبول المبيع من قبل المشتري ، وتتوقف النتائج التالية : -

شخص

أولاً - لذا أوقع دائن البائع جزءاً على المبيع قبل التدقيق والقبول ، نفذ الحيز في حق المشتري في البيع بمرط المذاق ، لأن ملكية المبيع لا تنتقل اليه إلا بعد القبول ، في حين أن الحيز لا ينفذ في حق المشتري في البيع بمرط التجربة . نظراً لانفعال الملكية اليه مستندة الى وقت إبرام هذا العقد .

ثانياً - في حالة انقلاص البائع قبل قبول المشتري للمبيع - يمتنع على الآخر مطالبة السند بك تسليبه المبيع باعتباره مالكا ، بينما للمشتري في البيع بمرط التجربة ذلك - لتسليم المبيع في البقرة (٧٨) اعلاه .

ثالثاً - خلال المبيع قبل قبول المشتري يكون على البائع دائماً في البيع بمرط المذاق بينما يكون الهلاك على البائع في البيع بمرط التجربة ، إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً ، وعلى المشتري إذا كان شرطاً فاسخاً .
وبهذا رأى أني معمم ضرورة النص على حكم خاص يعالج بيع المساق ، بداعي إمكانية الاكتفاء بالنصوص الخاصة بخيار الرؤية في هذا الشأن (١) .

والرابع في رأينا هو أن الرؤية وأن كان يعني العلم بالمبيع وأن العلم قد يتم بالفوق إلا أن أحكام العلم بالمبيع لا تكفي في هذه الصدد لأن عدم العلم بالمبيع لا يحول دون انقضاء العقد ، في حين أن شرط اقدان يمنع ذلك ، إذ أن البيع لا يمتنع إلا من وقت إعلان المشتري بقبول المبيع بعد مذاق (٢) .

كما يفترض الفقيه على تكييف الشروع للمبيع بمرط التجربة على أنه بيع مطلق شرط ، وتكييف البيع بمرط المذاق على أنه مجرد وعد بالمبيع ملزم لجانبا واحداً ، ويرون وجوب بدلتسرية بينهما واعتبارهما مجرد وعد بالمبيع على رأى فريق منهم ، أو اعتبارهما فيما معلقا على شرط على رأى البعض الآخر (٣) .

(١) حسن على القانون من ٢٨ .

(٢) النود سلطان من ٦٦ - الصراف من ٨٢ .

(٣) غني حنون طه من ١٥٧ والفقه المشار اليه في الباعث ٢٤٥ و ٢٤٦ من نفس التصحيحة .

المبحث الخامس

البيع بشروط المريون

شخص

مصري

١ - تعريف المريون والفرق بينه وبين غيره

المريون مبيع من العقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد أما بقصد تأكيد على أن العقد أصبح له قوة الإيجاز الرجوع عنه أو بضميمة المحافظة على حق الممول من الصفات لكل منهما

والصفات المدنية تنبثق بين الاتجاهاين المذكورين أعلاه . فالصفات الجرمانية كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات والسبب والتعويض تأخذ بالاتجاه الأول بينما تأخذ الصفات اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الإيطالي بالاتجاه الثاني ، على أن كلا الاتجاهاين قابلان لاثبات العكس .

والأصل في التشريع المصري هو أن دفع المريون يفيد أن المتبايعين قد تمدا فيما نهائيا لا يجوز الرجوع عنه وأن المريون يعتبر جزءا من الثمن ويجب خصمه من الثمن عند تنفيذ العقد . على أن هذا الأصل يجوز الاتفاق على جعل المريون جزءا للممول من الصفات (٦٢ م مدني عراقي) .

أما التشريع المدني المصري فإنه يتبنى اتجاه القوانين اللاتينية (١٠٢ م مصري) .

٢ - التكليف القانوني للمبيع بشروط المريون :

اختلف الفقهاء في تكليف المبيع بشروط المريون . فالبعض يوجب أن البيع بشروط المريون عبارة عن عقد ملق على شرط وألف هو عدم حصول أحد المتعاقدين عنه ، فإذا تحقق الشرط بمان مضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد المتعاقدين عن البيع ، ونج العقد آثاره بأثر رجعي . أما إذا تخلف الشرط بأن يعدل أحد المتعاقدين عن العقد ، فإن العقد يزول في هذه الحالة ولا ينتج أي أثر سوى أن من عدل عن البيع يلقى قيمة المريون في مقابل عمله .

ويعتبره آخرون جيباً معلقاً على شرط فاسخ للعقد يلزم منه كفاية آثاره
إلا إذا تحققت الشروط الفاسخ واستعمال أحد المتعاقدين لحقه في المداول بحسن
التساقط ، حيث يزول العقد وأثاره باثر إيجابي ، على أنه يترتب على من مسئلة
عن التعاقد ترك العربون إذا كان هو الذي دفعه ، أو رده مضاعفاً إن كان هو
الذي قبضه (١٦) .

ويذهب فريق آخر من المراجع إلى القول بأنه (يمكن تكييف العربون الذي
يدفع في مقابل المداول عن العقد بأنه البذل في الالتزام بدلي ، ويكون المدين
ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في العقد - ودائماً بالحق الذي يقابل هذا الالتزام ،
ولكن تبرأ حقه من الالتزام ويستقط الحق المقابل له إذا هو أدى العربون .
ومؤدى ذلك أن المداول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في بطلته بل
عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له ، والعربون يحل مصححاً بالعقد ، فلهذا
إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البذل ، لا عنوان عنه في حقيقته (١٧) .
ويذهب بعض المراجع عنه إلى اعتبار العربون صروة خاصة بحسن حصول
الشرط الجزائي (١٨) ، في حين يرى البعض الآخر وجوب التمييز بين حالتين :
حالة اشتراط العربون كوسيلة لتنفيذ العقد ، وحالة اشتراطه كضمان لتنفيذه
ويعتبرون العربون في الحالة الأولى التزاماً بدلياً يلتزم المتعاقد بتنفيذه إذا أراد
أن لا ينفذ التزامه الأصلي (١٩) . أما في الحالة الثانية فالعربون ليس إلا نوعاً
من أنواع الضمانات التي يستخدمها الثالث كوسيلة لضمان حقه المقاسم لدى
مدينه ، أي أنه عبارة عن وسيلة لضمان أداء الدين لا لزمانة العقد .
وإذا كانا فنلتق مع الرأي الأخير بالنسبة للحالة الأولى ، فإننا نرى بأن العربون
في الحالة الثانية ليس سوى جزء من الضمان يدفع كدليل على بقاء العقد وعدم
تسليم الممول عنه من قبل أحد الطرفين الأمر الذي يعني بأن لكل طرف على حال
اجتماع الطرف الآخر عن تنفيذه المطالبة بالتنفيذ العملي أو الفسخ وفقاً للقواعد
العامة الخاصة بتنفيذ العقود .

(١٦) بهذا حدين الرأيين يلاحظ أن محمد بن حسين طه ص ١٥٥ والفقه المشار إليه

(١٧) السنهوري ج ٤ ص ٦٦ -

(١٨) حسن علي الذنون ص ٣٥٥ .

حكم المربون

يختلف حكم المربون باختلاف ما اذا كان قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد أو كان قد دفع كجزء للمدول عن التناقد (١).

حكم المربون كوسيلة لضمان التنفيذ : اذا كان المربون قد دفع كوسيلة لضمان تنفيذ العقد ، فالمربون يعتبر تعفيذا جزئيا للعقد يجب استكمال تنفيذه .

ويرتب على ذلك انه لا يجوز لاسد طرفي العقد ان يستقل بنقض العقد مقابل تنازله عن المربون الذي دفعه ، او مقابل رده للمربون الذي قبضه مضاعفا الى الطرف الاخر .

والعنه في هذه الحالة يخضع لاحكام القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ المبني على القسح مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى بحسب الاحوال ، ولا انسر لمبلغ المربون في التعويض ، الا للمحكمة ان تحكم على الطرف الذي اخل بالتزامه من الماخذين بتعويض يزيد او يقل عن مقدار المربون وذلك حسب جسامته الضرر الحاصل ، بل لها ان لاتحكم اصلا بالتعويض اذا تبين عدم حصول ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد . وفي الحالة الاخيرة عليها الحكم باحالة مبلغ المربون الى الطرف الذي دفعه .

حكم المربون كجزء للمدول : اذا قدم المربون كجزء للمدول عن البيع واستعمل دافع المربون خيار النقص فقد . اما اذا اراد من لبس المربون المدول عن البيع ، فعليه رد ما قبضه من المربون مضاعفا الى الطرف الاخر فالمربون ملزم لمن يريد المدول عن التناقد ولو لم يصب الطرف الاخر ايضا ضرر بسبب ذلك .

ان الاحكام اعلاه تطبق في حالة ما اذا ورد المربون في عقد صحيح ، اما اذا ورد في عقد بيع عقار خارجي (باطل) فيرى البعض وجوب التمييز بين ما اذا كان المربون قد دفع كتبيل على ثبات العقد او دفع كجزء للمدول منه وفي الحالة الاولى اذا كان الناقل هو من دفع المربون فيجوز الحكم عليه

(١) الصراف من ٧٦٧٠ - الحامري ص ٥٧

بتموجّه من يتخاضع مع جساما الضرر الذي أصاب الطرف الآخر وفقا للقواعد العامة ويصرف النظر عن مقدار الضرر - إما إذا كان التآكل هو الطرف الآخر فيستوجب عليه إعادة المربون كاملا لمن دفعه مع تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التآكل (١١٢٧م معني) - أما في الحالة الثانية فتطبق أحكام المادة (١١٢٧) أو المادة (٩٤) من القانون المدني على حسب الحال (١)

ويلاحظ ان محكمة التمييز تقرر في هذا الصدد بأنه إذا عدل من دفع المربون فإنه يخسره ، وإذا عدل من قبضه وجب عليه دفع مضاعفا - لأن على بيع الثمار غير المسجل في دهره التسجيل المقارن وإن لم تنتقل به ملكية الثمار ، غير أنه قد أصبح نافذ لازم وكل طرف فيه ملزم بالقيام به (٢) .

فالطرفان اتفقا على جعل المربون تعويضا عن الإخلال بالثمن .

ونرى أن الاتجار للثمار إليها في القراو اعلاء لا تقترب على عقد بيع المتسار غير المسجل لأنه عقد باطل . وإنما تقترب على عقد آخر هو (التمهيد بنقل ملكية عقار) المنسار إليه في المادة (١١٢٧) (للمعالة) من القانون المدني

(١) شاكرك ناصر - الوجيز ١١٦٩ ص ١٣١ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠ / استئنافية / ٩٧٠ في ٩٧٠/٦/٧ المنشورة في الجريدة الرسمية - العدد الثاني من ١٣٨-١٤٠ كما يلاحظ القرار ٢٠٢٣/٢٠٢٣ في ٩٦٨/١١/٢٨ قضاه محكمة التمييز للمجلد الخامس ص ٣٢٥ .

الفصل الثاني

محل عقد البيع

البيع عقد ملزم للجانبين ، فهو ينشئ التزامات في ذمة البائع مطلقا الراسمي من البيع ، وينشئ التزامات في ذمة المشتري محلها الرئيسي هو الثمن ولذلك يكون للبيع محلان هما المبيع والثمن ونبحثهما في المربعين التاليين .

المبيع الاول

المبيع

يعتبر المبيع ركبا من اركان عقد البيع فاذا انعدم هذا الركن لم ينشأ بيع ، وما قلنا بيع .

وتعرف المادة ٥٠٩ من القانون المدني البيع بأنه : (مبادأة مال بمال) فالمبيع إذن هو (مال) ، والمال كما تعرفه المادة ٦٥ من القانون المدني هو (كل شيء له قيمة مادية) .

وبرتبة على ما تقدم ان المقصود بالمبيع ليس هو الشيء بذاته ، بل الحق الذي يرد على هذا الشيء ، أي هو المال وليس الشيء في ذاته لأن المال هو الحق الذي له قيمة مادية ، سواء كان حقا عينيا ، أم شخصيا ، أم حقا من الحقوق الادبية .

أما الحقوق غير المادية كالحق في الحياة والحقوق العامة وحقوق الاسرة فلا تصح ان تكون مبيعا لأنها لا تعتبر مالا .

ويلاحظ ان التشريع المدني العراقي لا يحتوي على نص خاص بشأن شروط لمبيع عدا نص المادة ٥٩٤ التي تنص على انه (١) يلزم ان يكون المبيع مبيعا تعينا لافيا للجهالة الفاصلة .

٢ - ويصع بيع : لاشياء والحقوق المستقبالية اذا كانت محددة تمديدا يشع الجهالة والنزاع . لذلك ينبغي الرجوع الى احكام الفوائد العامة الخاصة بمحل العقد

والمعدة في المواد من ١٢٧ إلى ١٣٠ من القانون المدني والتي بموجبها ينبغي أن يكون المجلد موجوداً أو قابلاً للوجود وإن كان كذلك، معناها أو قابلاً للتعيين وإن لم يكن قابلاً للتحديد.

وحيث أن هذه الشروط تفتقر إلى شروح النظرية العامة للعقد فإننا نحيل إليها . ولكن مع ذلك يجب الإشارة إلى أن عقد البيع لا يتعقد إذا تبين بأن المبيع لم يكن موجوداً وقت إبرام العقد أو قبله كما في حالة ضلوكه للقارن أو السابق لإبرام العقد . سواء كان لأغنيا أو نادياً . فبموجب كمال الهلاك مجهولاً من الطرفين أو معلوماً لأحدهما دون الآخر . إلا أن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أن كان البائع يعلم وحده بالهلاك أو كان من السهل عليه أن يعلم به وتبين إهماله (١) .

أما الهلاك الناتج فإنه لا يبطال العقد وإنما يجعله منسكاً لاستحالة تدبير البائع لالتزامه بتسليم المبيع إلى المشتري . ولكن للمشتري مطالبة البائع بالتعويض إذا كان التأخير قد تسبب فيه . وهذا يعني أن العقد لا ينفسخ في حالة العالة وإنما يتأكد حكمه بالزام البائع بالتعويض . وهذا طريق عن طريق تنفيذ العقد (التعويض بمقابل) .

في حالة الهلاك الجزئي للمبيع السابق أو القارن لإبرام العقد لمكان المشتري يكون مخيراً بين فسخ البيع وبين إبقائه مع انقاص الثمن (٥١٧ م. مدني) . وإذا بيع عدة أشياء بثمن واحد وهلك بعضها دون البعض الآخر لمكان للمشتري ترك البيع من دون حاجة لتكليفه بإبلاغ به ما كان للمشتري بمضى المبيع دون البعض الآخر . لأن الأشياء جمعيتها رخصة الثمن وإن رضا المشتري عند انقاص بعضها بالثمن المخفوف عليه . وهذه الحالة تختلف عن حالة بيع عدة أشياء مع تسمية ثمن لكل منها إلا إذا اتيت أن الجزء الباقي لا تقم له منه للمشتري أن يتدخل من البيع كلاً أو إذا اتيت أن الجزء الباقي لا نفع له منه أي أن البيع يظل بالنسبة للمالك منها ويعتد صحيحاً بالنسبة للباقي .

(١) لاهللي وحيد زكي من ١٩٨ .

الاسكام اعلاه تطبق اذا كان المبيع من الاشياء المعنية بالذات اما اذا كان من التلبات ، فان المقد يبقى صحيحا ويلزم البائع بتسليم مثل المبيع لان (الاشياء المنطية لا تهلك) .

ولا يشترط المشرع لانتفاء البيع ان يكون المبيع موجودا دائما بل قد يكفي باحتمال وجوده في المستقبل . حيث يميز بيع الاشياء المستقبلية بشرط ان تكون محددة تحديد تافيا للجهاة الفاحشة (١٢٩ ، ٥٩٤ م مدني) ، على ان يستثنى من هذا المبدأ التعامل في تركه انسان على قيمة الحياة الا في الحالات الجائرة قانونا كالوصية مثلا .

وسم بيع الاشياء مستقبلية يختلف باختلاف ما اذا كان يقصد منها مجازفة المشتري في وجود المبيع او مجازفته في تمام المبيع فقط . ففي الحالة الاولى يكون المقدر من العقود الاحتمالية (عقد الامل والعقد) وينقذه باننا ومطلقا ويلتزم المشتري بدفع الثمن سواء وجد المبيع او لم يرد كما هو الحال في شراء ورقة الهاتف ، على ان يكون تحقق الامل او عدم تحققه متروكا للطرف لادخل لاحد المتعاقدين فيها . واذا سبب احد المتعاقدين في عدم تحققه كان للطرف الاخر مطالبة بالتعويض واسترداد ما دفعه .

اما في الحالة الثانية فان البيع يعتبر مطلقا على شرط واقف وهو وجود المبيع في المستقبل . لذلك فان المقدر يزول اذا انقضى البيع بان لم يوجد المبيع اطلاقا . اما اد وجد فان العقد يصبح باننا ولهذا ويلتزم المشتري بدفع الثمن بصرف النظر عن مقدار المبيع .

ولمعرفة ماذا كان المقدر احتماليا مطلقا او مطلقا على شرط واقف ينبغي الرجوع الى نية الطرفين واستخلاصها من شروط المتعاقدين . واذا تم ذلك وجب اعتباره بيعا مطلقا على شرط واقف هو وجود المبيع . لان العرف قد جرى بان المشتري لا يجازف في وجود المبيع نفسه . وانه لا يفتح الثمن الا في مقابل شيء محقق . وان بيع الامل والعقد هو الاستثناء (١) .

(١) الهادي وحامد زكي ص ١٢٢ .

كما يلاحظ بان الشرائع - ر. معيارا للتعمير بين صور التعامل على تركه مستقبله والتصرفات التي قد يبدو كذلك لاول رحلة ، وبموجبه اذا كان الحق عدار التعامل مما لا ينشأ الا عند موت المورث فالتعامل باطل لانه مماثل في تركه مستقبله ، اما اذا لم يتوقف نشؤ الحق على موت المورث لانه تعامل صحيح ولو كان تنفيذ الحق لا يتم الا بعد وفاته ، ومثال الحالة الاول اتفاق شخص مع آخر على ان يبيع له حق ميراثه ببلغ معين ، اما مثال الحالة الثانية فـ لو ان يبيع شخص لآخر شتا ويشترط المشرع ٨٨ في ١١١٠ ، الا انه قد كسبه ابيه (١٦) .

أما **ثمن المبيع** فيقتضى للقواعد العامة في ثمن للمل والمرتبة ضمن **شئ مبيع** نظرية العامة للعقد ، ولكن هنا تضيف فقط بأن بيع الإثنية التكميلية جزائيا يعتبر في حكم بيع الإثنية المثبتة بالذات ، ولذلك يكفي لتعين المبيع هنا بيان وصفه وجمعه ونوعه كما في حالة بيع شخص لبيع ما في مخزنه من حنطة أو شعير ، والبيع يعتبر جزائيا حتى ولو وجبه لتعدد الثمن فتعين مقدار الثمن ، كان بيع شخص جميع ما في مخزنه من حنطة بسعر الطن (٢٥٠) - ديناراً ، فالبيع يعتبر جزائيا ولو كان تصديده مقدار المبيع ضروريا لتعدد الثمن ، لأنه قد تعين بما هو موجود في المخزن وأن وزن الحنطة ليس ضروريا لتعيين المبيع في العقد ، وإنما هو ضروري لتعدد الثمن .

ويجوز أن يتم تعيين المبيع على أساس نموذج يتسمها اليانح للمشتري ويسمى البيع (البيع على نموذج). وتقدم النموذج يعني عن تعيين المبيع بأوسانه كما يعني من رزيمه .

ويلتزم البائع بأن يقدم للمشتري بضاعة مطابقة للنموذج والا كان الأخير مغبرا بين قبولها بالتمسك بالتمسك أو تسخ البيع كما لو كان المبيع دون التسوية المتفق عليه . كما للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني كلما كان ذلك ممكنا ، وله الحصول على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة أو بدونه .

نتيجة عدم تنفيذ البائع لالتزامه ، ولكن ليس للمشتري قبول المبيع بموجب المطالب بالتسليم مع التغطية بانقضاء الثمن لأن مقرر قانونا يجب رد المبيع المسموع المبيع ، والقبول بالتسليم المسمى في المقدم . (٥٦٨ ، ٢٤٨ م مدني) .

وإذا حالق التسليم وكان في يد المشتري وأدعى عدم طائفة المبيع المسلم له وجب على البائع أن يثبت المطابقة سواء حصل إل المالك بقطا منه أو بمعيه أجنبي ويجوز الاتياف هنا بطلاقة طرق الاتياف (١) .

وفي حالة حصول نزاع حول ذات النموذج ، بل أنكر أحد الطرفين أن النموذج الموجود لدى الطرف الآخر هو النموذج المطبق عليه ، فإن القواعد العامة في الاتبات هي التي تطبق ، فمن كان النموذج في يده يعتبر مدعيا عليه والطرف الآخر يعتبر مدعيا ويقع عليه عبء الاتبات لأن البيئة على من ادعى . وأخيرا ينبغي أن يكون المبيع قابلا للتعامل فيه .

المسرح الثاني

المسرح

تنص المادة ٥٢٦ من القانون المدني على أن (١ - الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالصفة ٢ - ويجب أن يكون الثمن معلوما بأن يكون شيئا قابلا للتحالة الفاحشة) . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ من القانون ذاته على أنه (في البيع المطلق يجب أن يكسرون الثمن مقدرا بالتلفد . ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الاسس التي يحدد الثمن بموجبها شيئا بعد) .

وظاهر مما جاء أعلاه أنه يشترط في الثمن الشروط التالية التي منبجحت كل منها في بحث خاص .

(١) العامري ، ص ٧٧ ، غني حنون ط ٢ ، ص ٦٧٨ .

المبحث الأول

الثمن مبلغ من النقود

يجوز الفقه الاسلامي أن يكون الثمن شيئا مثلها من غير النقود .
أما القانون المدني فإنه يشترط أن يكون الثمن مبلغا من النقود
(٢٧/٥٢٧ م مدني) .

فإذا كان الثمن مبلغا من النقود كان العقد بيعا . إلا أنه هناك بعض
الحالات التي يكون فيها المقابل شيئا من غير النقود ، أو قد يكون بعض الثمن
من غير النقود . فما الحكم في هذه الحالات ؟

يجب التمييز بين الحالات التالية :-

أ- بسيطة العقد إذا كان الثمن أوقافا مالية أو بضائع :-

يذهب البعض إلى اعتبار العقد بيعا إذا كان من اليسور تقدير قيمة الموضع
تقديرا ، كما هي الحال في الأوقاف . المالية والبضائع التي تسهل معرفة قيمتها
تقديرا بالرجوع إلى كتشوف التسمية . أو إلى البورصة .
إلا أن معظم الشراح يخالفون الرأي أعلاه ويقولون بأن العقد في الحالة
ممازr البيعت عفاضة لا بيع . لأنه قد انصب مباشرة على البيع وعلى الأوراق
المالية خاصة وأن الأخذ بالرأي الأول سيؤدي إلى اعتبار المقايضة بيعا كلما
امكن تقرير أحد البديلين بالنقد (١) .

ب- بسيطة العقد إذا كان المقابل التزاما بمثل :-

قد يلتزم شخص بأن يعطي شيئا آخر مقابل التزام الآخر بإعطائه وإيرائه
والقيام بكسوته ، فهل يعتبر هذا العقد بيعا ؟

يفضّل الفقه إلى أن هذا العقد لا يعتبر بيعا ولا مقايضة ، فهو لا يعتبر
بيعا . لأن العرض ليس نقدا وإنما هو التزام بالقيام بعمل معين هو الأكلام

(١) بالنسبة للملأء التي ترد فيها إلى تراجع : الهالكس وحامد زكي ص ١٠٨
مرقس وأمام ص ٨٤٠ ونور سلطان ص ١٦٦ .

والإبراء والاكساء . كما أن العقد لا يعتبر مقايضة ، لأن المقايضة هي تبادل شيء ما بشيء آخر ، في حين أن التزام أحد الطرفين في العقد مدار البيع هو التزام يملأ .
ولذلك جرت المسرايح على اعتبار هذا العقد من العقود غير المسماة فتسري عليه الأحكام العامة في نظرية الالتزام

طبيعة العقد إذا كان للثأب ديناً في ذمة البائع :

يذهب المصراح إلى اعتبار العقد وفاء بقابل في حالة كون للقابل ديناً في ذمة البائع ، كما لو أعطى المدين لداثته مالاً منقولاً أو عقلاً في مقابل دينه الإلته نظراً لتوافر جميع أركان البيع في هذا العقد . ويجب سريان أحكام البيع عليه وهذا الرأي ينجم من حكم المادة ٤٠٠ من القانون المدني العراقي التي تنص (٢) : في هذا الصدد على أنه (يسرى على الوفاء بقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين أحكام البيع وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التامينات)

طبيعة العقد إذا كان الثمن إيراداً مؤبداً أو مؤقتاً :

يختلف المصراح في هذا الصدد . ففرق عنهم يذهب إلى أن العقد في هذه الحالة هو مقايضة على الشيء بحق الإيراد أو المربح ، لأن الثمن في حالة الإيراد المؤبد أو المؤبد لا يمثل في الانسلاط الذي يدفعها المشتري ، بل في حقيق الإيراد ذاته . ويعتبره آخرون بيعاً ، يدعي أن الإيراد من النقود من جهة ولأنه يكفي لاعتبار العقد بيعاً أن يكون الثمن من النقود ، سواء أكان هذا ألبسح مبيعاً أو مؤقتة ، وسواء أكان يدفع دفعة واحدة أو كان منسلاً

طبيعة العقد إذا كان بعض القابل من غير النقود :

نظراً لسبق بحث طبيعة العقد مدار البيع ، فنكتفي هنا بما بيانه سابقاً

المبحث الثاني

التمن مقدور أو قابل للتقدير

١- كأن كان الثمن أحد محلي عقد البيع . فيجب أن يكون مقدرا أو على الأقل قابلا للتقدير والا فلا يصعد العقد . (٢/٥٢٦ مدني) .

والأصل أنه يتم تقدير الثمن بالمقابل المتعاقد غير أن هناك حالات يكون الثمن فيها مفروضا على البائع والمشتري كما هو الحال في التسيير الجبري الذي تنفعا إليه الدولة في الحروب والاضرابات ، وكذلك التسيير الذي تقرره الدولة بالنسبة للبراقص العامة كالماء والكهرباء والغاز المسائل . كما أن هناك بيع يتمدد فيها الثمن دون حاجة للرجوع إلى إرادة البائع كبيع المزداد العلني ونزع الملكية للمنفعة العامة .

ولا يشترط لانعقاد البيع اتفاق المتعاقدين على الثمن وقت إبرام العقد بل يكفي لذلك الاتفاق على الأساس الذي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها تحديدا قابلا للجهالة الفاحشة ومائنا من النزاع . (١/٥٢٧ مدني) .

ويترتب على ذلك جواز اتفاق الطرفين المتعاقدين على حساب الثمن بإضافة ربح معين إلى الثمن الذي اشترى به البائع ، أو إلى ثمن الكلفة ، أو أن يحسب الثمن على أساس متوسط الإثمان التي باع بها البائع في يوم أو في أسبوع أو على أساس سعر السوق في تاريخ ومكان معينين .

إلا أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن ينقل البائع ملكية تبيع السبي المشتري مقابل الثمن الذي يساويه ، لأن هذا العقد يؤدي إلى النزاع . وكذلك الحكم لو اتفقا على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشتري به أي شخص آخر ، لأن هذا الاتفاق قد يؤدي إلى الضرر والفسخ بأحد المتعاقدين ، فقد يتفق البائع مع شخص آخر على أن يعرض عليه ثمناً مرتفعاً لإجبار المشتري على الشراء بهذا الثمن ، أو قد يتفق المشتري مع شخص آخر على أن يعرض على البائع ثمناً بخصاً لإجبار الأخير على البيع بهذا الثمن .

ولا يجوز ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين لأن ذلك يجعل المتعاقد الآخر تحت رحمة المتعاقد المفاوض بتحديد الثمن والذي يكون قادراً على إبطال مفعول العقد بالامتناع عن تحديده (١) .

ولكن هناك من يذهب إلى جواز ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً ، يدعى أنه للطرف الآخر مراجعة القضاء لتحديد الثمن العادل إذا حدد الطرف المفاوض بتحديد الثمن تمناً غير عادل ، أو امتنع عن التحديد ، كما يرى البعض صحة الاتفاق الذي يفتضاء بالترجح المستعري يقول الثمن الذي يحدده البائع . أما الاتفاق الذي يفتضاء بترك تحديد الثمن للمشتري فيعتبر باطلاً تطبيقاً لنظرية الشرط الإرادي (٢) .

وكذلك لا يجوز للمتعاقدين تأجيل الاتفاق على الثمن إلى وقت مستقبل ، ولا فلا ينعقد بيعاً ببيع لعدم اتفاقهما على ركن من أركانه .

وبعض القانون المدني على ثلاثة أسس يمكن بموجبها تحديد الثمن وهي : -

١- البيع بسعر السوق -

إذا كان الاتفاق ينص على البيع بسعر سوق في مكان وزمان معين حيث يجنبه أخذ هذه السوق بنظر الاعتبار عند تحديد الثمن . وإذا لم يحدد مكان وزمان هذه السوق ، فالسوق هي سوق زيمان ومكان التسليم . أما إذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، فالسوق هي المكان الذي يتضمن العرف بأن تكون أسعاره هي السارية (٣) (١/٥٢٧ مدني) .

والسوق لا يقتصر على الأسواق المنظمة كالبورصات ، بل تشمل كل مكان يعرض به العرض والطلب على نطاق غير ضيق .

٢- البيع بالسعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه الاتباع بين المتعاقدين -

لا يشترط المنع تحديد الثمن أو تحديد الأسس التي تؤدي إلى تحديده مريضاً بل هو يجوز للمتعاقدين تحيينه هنا ، إذ من الممكن أن ينطوي سلوك

(١) الفيلالي وحامد زكي ص ١١٠ وعكس ذلك سليمان مرفس ص ١٧١

المضامين من تحديد الثمن على اتفاق ضمني على تركه مذهبهم إلى سعر السلعة
المداول بين التجار وذلك إما لفروق وعلاصات التعاقد . وفي هذه الحالة
يعتبر الثمن قابلاً للتقدير . وعند تقديره يؤخذ سعر السلعة المتداول بين التجار
بنظر الاعتبار . سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية
في مكان تسليم البضائع .

والعبرة ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق سواء كان
هذا السعر أقل أو أكثر من قيمته الحقيقية . ونقضي الاستحالة بتغيير مسكن
التجار لتحديد سعر السوق إذا لم يتبين له وشروح السعر المتداول في الأسواق .
كما يلاحظ أن هناك التباين الاتفاق ضمني على أن يكون الثمن هو السعر
الذي جرى عليه التعامل بينهما . وعليه إذا اعتاد تاجر الفسحة أن يطلب كل
يوم أو كل أسبوع من تاجر الجملة بضاعة معينة دون أن يحدد له الثمن ، فيمكن
أن يستفاد من ذلك أنه قصد ضمناً أن يكون الثمن هو الثمن الذي جرى به
التعامل بينهما سابقاً إلا إذا تبين البائع عيلة (تاجر الفسحة) برفض هذا الثمن
(م ٥٢٨ م مدني) .

ثـ البيع على أساس الثمن الذي اشترى به البائع :

فالمسرح يجوز للمضامين الاتفاق على جعل الثمن الذي اشترى به البائع
أساساً لتقدير الثمن كان يتفق على أن يكون الثمن هو مثل الذي اشترى به
البائع أو أكثر أو بأقل من ذلك .

وفي هذه الحالات يتوجب على البائع أن يبين هذا الثمن . والمشتري أن يثبت
أن الثمن الذي بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقي . وله أن يثبت ذلك بكافة
طرق الإثبات ومنها البيعة والفرائض . لأن الاتبات بالنسبة للمشتري هنا اثبات
لواقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . فضلاً عن أن البيان المصغر من البائع يتم
أعلى من الثمن الحقيقي يتطوى على غشٍ والغش يثبت بجميع طرق الإثبات
(م ٥٣٠ م مدني) .

وحكم المادة ٥٢٠ اعلاء مقتبس من الفقه الاسلامي ولا نظير له في القوانين
الهندية الاجنبية ، ويطلق الفقه الاسلامي على هذه البيوع - (بياعات الامانة) -
وهذه البيوع هي : بيع المراجعة ، وبيع الانسراك ، وبيع الوضعية ،
والمتسرى في هذه البيوع يستكم الى ضمير البائع ويضمن الى امالته ، فيباع
منه البضائع بمثل الثمن الذي اشترى به البائع او بأكثر او اقل - ذلك -
وأنراي الرابع عندما يصحبه او عدم ضرورة حكم المادة ٥٣٠ فعلاء ، من غير
القواعد العامة ما ينشئ عنه . فقد سبق للمشرع العراقي ان نص على حكم المادة
المذكورة في الفقرة الثانية من المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي الذي تنص
على انه (ويعتبر تقييماً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب ان تعرض فيها عن
التمسك بالبيان كالتجارة في المراجعة والتولية والانسراك والوضعية) وما يقيد الرأي
اعلاء هو ان حكم هذه البيوع في القوانين الاجنبية هو نفس الحكم الوارد في المادة
٥٣٠ من التشريع العراقي رغم عدم وجود نص مماثل في القوانين المذكورة (١) .

١٢ - ترك تقدير الزم لاجنبي يتفق عليه المتعاقدان :

تجيز المادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي للمتعاقدين ان يوقعا امر تحديد
الزم الى شخص آخر او الى اشخاص اخرين .

اختلف الشراح بشأن طبيعة التقييد فاعتبر البعض منها مهمة الاجنبي تحكيميا
واعرض عليه لان التحكيم يفترض قيام نزاع في حقوق موجودة بالفعل في حين
الطلب هنا هو تحديد الشئ الذي يمه ركنا من اركان العقد .

واعتبره آخرون خيرة الا انه اعرض عليه لان راي الاجنبي ملزم خلاف راي
الخبير وقضى القضاء الفرنسي في بعض اسكامة بان عمل الاجنبي لاعتبار تحكيميا
بحثا او خيرة خالصة ، بل هو يجمع بين التحكيم والخيرة (١) واعتبره في احكام
اخرى له ركيلا عن المتعاقدين (١) اللذين احلا ارادته محل ارادتهما والتزمسا
باحترامها وعلا الراي هو الرابع

(١) المصروف من ١٩٢٣ ، ذنون ل ١٣٠ - غش حسون طه من ١٩٩١ .

مع ذلك يعتبر البعض (١) على يد ابي أن التوكيل ليس له الا صبغة
السياسة عن التوكيل . في حين ان هؤلاء المتأخرين بتقدير الثمن لهم ارادة مستقلة
ورأي نافذ على المتعاقدين .

وما حكم العقد لتتمثل على المفروض ؟

ر . يعتبر البطر مثل هذا العقد مجرد مشروع أي عقدا ناقص لا يتم الا عند
تقدير القسطن (٢)

ولكن الرأي الراجح هو ان عقد البيع يتحدد من تاريخ اتفاق الطرفين على تعيين
الاجنبي لتعديد الثمن حتى ولو لم يحدد بعد . فالقصد يعتبر بيحا عطا على
شرط واقف هو تحديد الثمن من قبل الاجنبي المفوض بذلك في العقد فـ اذا
تحقق هذا الشرط ، لزم البيع والنسج نقار . بالمر رجس الس تاريخ الاتفاق .
واذا لم يتحقق الشرط المذكور اما نظرا لامتناع الاجنبي أو لعدمه فـ حين
تعديد الثمن أو بوفائه فان البيع يعتبر كأن لم يكن في هذه الحالة ولا يجوز
للمحكمة أن تتدخل وتقوم بتحديد الثمن بدلا عن الاجنبي لان تدخلها يعتبر
تدخل في تكوين العقد وهذا امر ليس للمحكمة ان تفعله (٣) .

ورأي الاجنبي ملزم للمعاقدين وللمحكمة ولكن يجوز الملن فيه في
الحالات التالية وذلك وفقا للدواعي العامة :-

أ - قد ثبت أن الاجنبي المفوض بتقدير الثمن قد ارتكب تدليسا ضد احده
الطرفين المتعاقدين أو اذا كان هو ضحية تدليس صادر من احد الطرفين

أو اذا كان واقعا في غلط ير

ب - اذا كان الشخص المفوض بتقدير الثمن قد تجاوز الحدود التي رسمها
له الطرفان (٤)

وتخوف المسادة ٣١٩ من القانون المدني المتعاقدين حق الاعتراض على
الثمن الذي يقرره الاجنبي المفوض بذلك في حالة مخالفته للمدالة عنه بتعديده

(١) بهذا صفة الآراء يراجع : الهلالي وحامد زكي ص ١١٢ و ١١٣ و ١١٤
السند وري ج ٤ ص ٣٣٩ هامش (١) . العزاف ص ١١٩ سليمان عرقسي
ص ١٣٥ . انور سلطان ص ١٧٥ ، المامري ص ٨٦ - ثمن حسرن ص ١٩١ و ١٩٢
(٢) يراجع بهذا الرأي : الهلالي وحامد زكي ص ١١٤ هامش (٢)
انور سلطان ص ٧٧ - السند وري ج ٤ ص ٣٧٩ هامش (١)

النعم مخالفة ظاهرة ، ولا يجوز الاستد به في التصريح الفرنسي لعدم وجود حكم مماثل للفرنسي : (١)

أما إذا لم يبين المتعاقدان الأجنبي الموعود في نفس العقد بل انقلب عليه في عهد لاحق ، فإن البيع لا يرجع إلا من تاريخ الاتفاق اللاحق ، أي تاريخ تعيين الأجنبي . لأن العقد الأول لا يشمل على ثمن ولا على تفويض أحده بتقديره جنسي يمكن اعتباره معقفا على شرط العقد .

وإذا اتفق المتعاقدان على تفويض أجنبي بتقدير الثمن ولكن دون أن يحدد في العقد ، ثم ينقلب على نفسه بعد ذلك فالبعض ذهب إلى أن ليس هناك من مانع يمنع المحكمة من ذلك ، لأن - المحكمة في هذه الحالة لا تدخل في

تكوين العقد ، بل تعمل على تفسير إرادة المتعاقدين القضائية (٢) الرأي الراجح قلها وقضا إلى خلاف ذلك لأن وظيفة القضاء هي حسم المنازعات ولا يدخل ضمنها معاونته الناس على إنشاء العقود ، ولا إضافة شروط جديدة على عقود المتعاقدين . فالبيع لا ينعقد لتخلف ركن النعم إلا أن ذلك لا ينفي إنشاء عقد منسب لالتزامات بين المتعاقدين ، يقتضيه يجب على كل منهما القيام بتنفيذه (٣) جاز مطلقا الطرف المتخل بهذا الالتزام بالتفويض (٤)

وإن ذلك يدفع بعض الشراح في مصر إلى أنه لا يصح مطالبة المالك الآخر بسره ، لأن تعهده عبارة عن بيع لم يتم (٥)

ولا يوجد مانع ، في التصريح العرالي والمهوي ، يمنع من ترك أمر تقديره للنس إلى أجنبي من قبل المتعاقدين رغم عدم وجود نص مماثل لنص السادة ١٥٩٢ من القانون المدني الفرنسي . لعدم وجود نص يمنع المتعاقدين من ذلك من جهة . ولملم تعارض هذا الاتفاق مع النظام العام والآداب من جهة أخرى خاصة وأن الفقرة الأولى من المادة ٤٧٧ من التشريع المدني العرالي تجيز اقتضار التقدير على بيان الأساس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد ، ولا ريب أنه من بين هذه الأسس هو تفويض الغير بتقدير النعم (٥)

(١-٢) الصراف ص ١١٨ - الهلائي وجامد زكي ص ١١٥ حاشي ٢
(٣) الهلائي وجامد زكي . انور سلطان ص ١٧٥ ١٧٠ ص ٨٧ - هـ -
صون طه ص ١٩٢ . الصراف ص ١١٨ .

المبحث الثالث

التمن الجسدي

يلزم ، لانقضاء عقد البيع ، أن يكون التمن جدياً ، بمعنى أن البائع ينوى اقتضاده من المشتري حقيقة .

إلا أن ذلك لا يعني وجوب مساواة التمن لقيمة المبيع ، إذ قد ينقص التمن عن هذه القيمة وقد يزيد منها ، لأن التمن هو القيمة التي يقدّر المتعاقدان البيع بها (٦) .

للقانون لا يعتمد بهذا التباين بين التمن وقيمة البيع الآتي الحالات التالية .

١ - حالة التمن المسويديا العنبري إذا تحققت شروط المادة ١٢٦ من القانون المدني ويكون العقد ، في هذه الحالة ، موقوفاً على إجازة المخبون .

٢ - حالة ما إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو عسواء أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلهذه عن مخالفه بحسن فاحش طبقاً للمادة ١٢٥ من القانون المدني . وفي هذه الحالة ، يكون للمتعاقد المخبون أن يطلب رفع التمن عنه إل الحد المعقول خلال سنة من وقت العقد . وإذا كان للتصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه السنة أن يرفضه .

٣ - حالة التمن الفاحش ، الذي يصيبه المجهور أو مال الدولة أو الوقف التي تشارت إليها الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ من القانون المدني بحيث يعتبر البيع باطلاً .

فالاصل إذن هو أن القانون لا يشترط في التمن ألا أن يكون جدياً ، أي أنه لا يعني ، كتأويله ، بعدم التناسب بين التمن وبين القيمة الحقيقية للمبيع إلا استثناء وفي الحالات التالية :-

(٦) الهلالي وحامد زكي ص ١٠٣ ، انور سلطان ١٦٧٩ .

١ - التمنن الصوري

التمنن الصوري هو التمنن الذي يذكر في العقد مجرد استيفاء المفسد مظهره الخارجي - غالباً ، على الرغم من تسمية التمنن في العقد ، لا ينوي أن يطالب المشتري به ويحتمل منه كلاً أو قسماً .

وصورية التمنن إما أن تكون مطلقة ، أو أن تكون نسبية . وتكون الصورية مطلقة إذا اتفق الطرفان على أن لا يلتزم المشتري بالتمنن النسبي ، وتكون نسبية إذا اتفقا على مخالفة التمنن النسبي في العقد لحقيقة ما اتفقا عليه فعلاً . والمنفذ يكون باطلاً في الحالة الأولى (الصورية المطلقة) ، لا تعهد دكر من أركانها وهو التمنن ، إلا أن بطلانه واختياره فيما لا يمنع من تقرير محته على اعتباره عبء مستثناة إذا توافرت شروطها ، وذلك تطبيقاً لنظرية تحول العقد (١) (١٤٠ م مدني) .

مع ملاحظة عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري (١٤٩ م مدني) (١) ، من قانون التسجيل العقاري ، ولا يمكن مجرد خلو العقد من إثبات دفع التمنن عند التعاقد لاعتبار التمنن صورياً ، لأن ذلك لا ينفي التزام المشتري بدفعه عند المطالبة .

كما أن التمنن لا يعتبر صورياً إذا أبرأ البائع المشتري من التمنن أو وحيمة له في عقد أو في أي تصرف قانوني لاحق لعقد البيع ، لأن العبء بجدية التمنن هي عند إبرام العقد وليس بعد ذلك (١) . فعقد البيع هو عقد صحيح منتج لآثاره ، وكل الذي حصل بعد البيع ، إنما ينشأ من علاقة جديدة بين البائع والمشتري .

(١) المصنوع ج ٤ ص ٢٨٠ مرفس ق ١٨٦

وينصب البصر إلى إمكانية الطعن بالصورية في الحالة مدار البحث . إذا تبين أن الطرفين كانا قد بينا أمر نبرع البائع للمشتري بالطعن لبل أو أثناء انضمام البيع إذا كان المبيع منقولاً ، ثم إذا كان عقاراً ولكن المقدماً يسجل بعد في دائرة التسجيل . لمقاري (١) .

ويلاحظ بأن رأياً في القضاء والفقه ينصب إلى اعتبار الثمن سورياً متى كان للمشتري في وضع لا يمكنه فيه دفع الثمن أو لم يكن حمله من تناسب بين مواده وبين الثمن ، وكان البائع عالماً بحقيقة وضع المشتري ، لأن هذا الأمر يدل على انعدام نية اقتضاء الثمن من المشتري لدى البائع ، وعلى انعدام نية المشتري هو الآخر في الالتزام بدفعه (٢) .

ولكن الرجوع إلى انعدام التفاوت المذكور لا يهزم في ذاته دليلاً على جديعية الثمن أو جدية البيع ، إذ لا تلازم بين حالة الإضرار وصورية العقد . فـإذا اقتضت المحكمة للمختصة بأن نصراً ما كان سورياً ، فخطئها أن تحكم بذلك ، ولا يتحتم عليها أن تبطل وتدقق المستندات للقائمة عين للمشتري اثباتاً لضراره ومقرره على دفع الثمن ، لأن هذا الأمر لا يقدم ولا يؤخر .

أما إذا كانت صورية الثمن سورياً نسبية ، فإن العقد ينقذ على سبيل الثمن الذي يتبنته الطرف الذي يدهى الصورية (٣) ، فإذا أثبت المشتري أن الثمن المطالب أقل من الثمن المسمى في العقد ، فإنه يلزم بالثمن الحقيقي الذي أثبتته . وإذا - أثبت البائع أن الثمن المطالب أكثر من المسمى ، كان له المطالبة بالزيادة .

(١-٢) المقامى ص ٨٨ ، غني حسن طه ص ١٩٥ - المستهوى ج ٢ ص ٣٨٥ .
مرقس ص ١٨١ ، الصرف ص ١٩٩ ، ١٩٢ .
(٣) المستهوى ج ٢ ص ٣٨٥ - مرقس ص ١٨١ ، غني حسن طه ص ١٩٥ .
المقامى ص ٨٩ .

٢ - الثمن التافه

الثمن التافه هو الثمن الذي يقل عن القيمة الحقيقية بمراحل ، ويكون لمن أقله بحيث يثبت على الاعتقاد بأن البائع لم يعامله للحصول على مثل هذا المقدار التافه ، وإنما قصد من ذكره بيان رقم ما لتكوين عقد البيع . مع أن غرض المتعاقدين المستور لم يكن البايعة ، ومثال الثمن التافه هو أن يبيع شخص مائة لافتر بمسرة دنانير ، أو يبيع سيارة لافتر بخمسة دنانير .

وسم الثمن التافه كحكم النص العصري ، أي أن البيع لا ينفذ به ، ولكن مع ذلك فهما يختلفان ، فالثمن التافه هو مقدار قليل من النفود لا يتناسب أصلاً مع قيمة البيع ، ولكن البائع يحصل عليه رغم تفاخه ، في حين أن الثمن العصري يكون عادة مقداره من النفود مناسباً لقيمة البيع ، إلا أن البائع لا يقصده الحصول عليه إما كلاً أو قسماً .

ولكن هل يمكن اعتبار العقد في الحالة مدار البحث عقد حبة أم لا ؟ نذهب محكمة النقض الفرنسية إلى عدم جواز ذلك ، يدعي أن الهبة المستترة إنما تقتضي وجود عقد صحيح يضمنها ، ولما كان العقد قد بطل فيما فلا يمكن أن تقوم الهبة المستترة لوحدها ومن غير الاستتار بقصد صحيح قائم .

إلا أن الفقه يذهب إلى أن العقد لا ينفذ فيما . بل حبة مكشولة غير مستترة لأن نية التبرع واضحة كل الوضوح (١) .

٣ - الثمن البهيم

الثمن البهيم هو الثمن الذي يقل كثيراً عن قيمة المبيع ، ألا أنه لا يبلغ من التفاوت مبلغ الثمن التافه ، فهو ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث المانع على الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري ، فهو يسلح أن يكون عقاباً لالتزام البائع ولذلك ينفذ به البيع ، ولا يترتب عليه من أثر سوى أنه يسمح للبائع بأن يضمن في العقد بالتبني إذا توافرت شروطه -

(١) السبوري ج ٤ ص ٢٨٦ . مرقس ص ١٨٢ ، غني ج ١ ص ١٩٦ .

ولكن ما الحكم اذا بيع عقار مقابل ايراد مركب مدى حياة البائع ، وكما سنرى
الايراد يسارى غلة العقار او يقل عنها . حيث يأخذ المشتري العقار دون ان يدفع
شيئا من ماله . فهل يعتبر الثمن جديا يكفي لاعتقاد البيع ، ام هو ثمن غيسر
جدي لا ينعقد به البيع ؟

يطهieb القضاء الفرنسي في بعض احكامه . مؤيدا من بعض الشراح الى مسلم
اعتبار الثمن في الحالة مدار البحث ثما جديا ، لان المشتري لا يدفع شيئا ممن
قاله الخاص (١) . لا ينعقد يعتبر باطلا كبيع ولكنه يصح كهبه مستترة ايضا (١) .

وطهieb احكام اخرى للمحاكم الفرنسية ، مؤيدا من بعض الشراح الى انه لا
تكون للبائع مصلحة في التصرف في عقاره على هذا النحو . وهذه المصلحة ربما
تتمثل في التخلص من مناعب اذنه ، الملك وفي ضمان الحصول على ايراد ثابت
بالرغم من التقلبات الاقتصادية . والهادئ الكلي او الجزئي التي قد يلحق بالعقار
ولذلك يجب اعتبار هذا التصرف بيعا لان الثمن المشروط فيه له صفة الجدية
ولو كان بشيا - واذا استطاع المتصرف على هذا النحو ان يضمن في المقصد
بالنبن فانه لا يستطيع الطعن فيه بالبطالان لكون الثمن غير جدي .

كذلك ان بعض الراى الاول مع اخذ ما تنص في المادة ١٤٩ من القانون المدني
بنظر الاعتبار (١) . ومؤيدا فريق اخر منهم الراى الثاني لما في حجة انصاه من
صواب ومنهم من يقول بعدم امكان وضع قاعدة عامة جامعة تطبق على جميع
الاحوال . بل لابد من تقدير كل حالة من احوال هذه البيوع على حدة (٢) .

ونميل الى الراى الثاني ، لاستفادة الى اخص واقعية ومصلحة . على ان يؤخذ
حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار والذي يقرر عدم جواز الطعن
بالصوربة في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري .

(١) يراجع بهذا هذه الآراء السنهوري ج ٤ ص ٢٨٦ - المرقطوى ص ١١٢ .
سليمان مرقس ص ١٨٦ .

(٢) المارنى ص ٩١ - سمن على : قانون ص ١٠٩ - ويلمب الدكتور فني حصول
طه الى وجوب اخذ حكم المادة ١٤٩ من القانون المدني بنظر الاعتبار . مسوله
اضلة بالراى الاول او لتاني ص ١٩٨ .

الباب الثاني

احكام عقد البيع

الفصل الاول

التزامات البائع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع بالتزامات ثلاثة هي :
١- تسليم ملكية المبيع ، وتسليم المبيع ، وضمان الثمن والامتناع والموت ^(١)
الضحية (٥٣٦ - ٥٧٠ م مدني) .

التسليم الاول

١- التسليم بالنسبة

الاصل ان ملكية المنقول تنتقل بالتسليم بحكم القانون ولكن مع ذلك يجب التمييز في هذا الصدد بين كيفية انتقال ملكية المنقول المعين بالذات وانتقال ملكية المنقول للمعين بالوصف .
١- البيع متقاول او غير متقاول
اما بالنسبة للمقار فيتمتع لا يتقاول المقار وانتقال الملكية تسجيل المقار في دائرة التسجيل المقار . وهذا ما ستوضحه في الباب التالي .

الباب الثاني

انتقال ملكية المنقول للمعين بالذات

اذا كان البيع نسبيا (معينا بالذات) (الاتيماء القلبية) وملوكا للبائع . فان الملكية تنتقل الى المشتري بقوة القانون وبمجرد انعقاد العقد . على ان يلاحظ احكام القوانين الخاصة التي تشترط الملكية انعقاد عقود بيع المنقولات للمعينة بالذات كالفقرة الخامسة من قانون الميراث (٣٤٧ ، ٥٣٦ م مدني) .

واضح من ذلك انه يشترط لانتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد وبغوة القانون توافر الشروط التالية :-

١٥٠ م. يكون الجمع فيها بالفتح. فان كان لا يخلو الى القصر الى الاسم فكسر

عنه بفتح الهمزة في الجمع

١٥١ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٢ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٣ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٤ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٥ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٦ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٧ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٨ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٥٩ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٠ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦١ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٢ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٣ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٤ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٥ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٦ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٧ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٨ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٦٩ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٧٠ م. يكون الجمع فيها بالفتح

١٧١ م. يكون الجمع فيها بالفتح

أفاده المحددة للتسليم ، وإنما هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، كما أن تعليق نقل الملكية إلى حين وفاة المشتري بكامل الاضطرار هو تعليق لنقل الملكية على شرط هو وفاة المشتري بجميع الاضطرار .

ويذهب البعض عندما إلى أن حالاً تميزه المادة ٣٦٢ من القانون هو اقتران الملكية لا اقتران العقد نفسه بأجل ، وعلى هذا يجوز أن نقول للمشتري (أيامه) هذه المين يبلغ قدره كذا بعد ستة أو سبعة) (١) .

ويعرض على الرأي المذكور محل بأن لكل الذي ضربة اصطحية لا يصلح للمدالة التي ضروب من أجلها ، لأنه لا يدل على أن عقد البيع قد اقرن بأجل لأن الذي حصل هو اتفاق على وعد بالبيع فقط لا على البيع (١) .

ومن لا مثله على الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط هو حالة (الايام) السدر للبيع التي بينا استكناها فيما سبق .

وعلى كل إذا تحققت الشروط المبينة أعلاه انتقلت ملكية المنقول المبيع بالذات إلى المشتري بمجرد انقضاء العقد ، سواء في مواجهة المتأخرين أو في مواجهة الغير .

وينبغي على ما تقدم أن صاحب المنقول لم يأنه لشخصين على التناوب ويجب تفصيل المشتري الأول ، لأن الملكية انتقلت إليه بالنسبة للقاس كافة - إلا أن القاعدة السابقة ليست مطلقة ، إذ تحدثا قاعدة (التميز في المنقول منه الملكية) التي أخذت بها المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (١) - من سار وهو حسن النية منقولا أو منقولا كحاملة مستقلة في حياته إلى سبب صحيح فلا تسع عليه دعوى المالك من أحد ٢ - والتميز بذاتها قريبة على توافق حسن النية ووجود السبب الصحيح ، عالم يقيم الدليل على عكس ذلك) .

ويترتب على القاعدة الأخيرة أنه إذا اشترى شخص منقولا معينا بالذات بعد بيعه لشخص آخر وتسلمه من البايع بحسن نية ، فإنه يصبح مالكا له وإن كان البايع الذي يأنه ليس بذلك إلا أنه يجب التنبه هنا إلى أن المشتري الثاني ليس

(١) القانون من ١٣٦ .

(١) القانون من ٩٥ .

يكسب ملكية البيع بموجب عقد البيع الثاني ^{١٢} إذا لا يصلح لنقل الملكية
 لصدوره من غير المالك وانما هو كسبها عن طريق الميازة بحسن
 نية وسبب صحيح وفقا لحكم المادة ١١٦٣ من القانون المدني المشار اليها سابقا :
 وعلى كل يجب الاختد بالقاعدتين المأبقتين معا ، أى لا يجوز عند تطبيق قاعدة
 (انتقال ملكية البيع المين بالذات بمجرد انقضاء العقد) انقال قاعدة (الميازة في
 المنقول سند الملكية) .

ويترتب على ذلك أنه لو باع صاحب المنقول منقولته لشخصين على التتابع
 وبسبب تفضيل الاول على الثاني الا اذا كان المشتري الثاني قد استلم المنقول فعلا
 بحسن نية - لما اذا لم يكن للمشتري الثاني قد استلم المنقول ، او كان قد استلمه
 ولكن ثبت انه صيربه النية فان المشتري الاول هو الذى يفضل في هذه الحالة .
 وما كان حكم للمنقول المبيع جزائيا هو حكم للمنقول المبيع بالذات فان ملكيته
 تنتقل الى المشتري بمجرد انقضاء العقد - واذا كان ملكية البيع المين بالذات
 تنتقل بمجرد انقضاء العقد وبحكم الماتون فلا يبقى لى مجال لنقول بوجوب
 التزام على البائع بنقل الملكية (٦) .

(٦) دكتور ابو السعود ، دروس في العقود المسماة ، عقد البيع في القانون المصري
 واللينائي ص ١٤

المبحث الثاني

نقل ملكية العقول المين بالتزويج

تنص الشطر الأخيرة من المادة ٥٣١ من القانون المدني على أنه (...) وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز .

وأضح أن ملكية العقول المين بالنوع (الأشياء المنقولة) لا تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد ، وإنما لابد لذلك من الإفراز المبيع ، على أن لا يكون البيع قد تم جزئياً .

فإذا تم الإفراز انتقلت الملكية إلى المشتري بالنسبة للمتاعدين والإغيار على السواء . ورسم هذا الانتقال من فريخ الإفراز .

ومع ذلك ينبغي بعض الفرواح عندنا إلى أن ملكية العقول المين لا تنتقل بالإفراز إلا في مواجهة الطرفين المتعاقدين . أما بالنسبة لغير المتعاقدين فلأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم .

والإفراز يتم إما عن طريق عد الأشياء المنقولة أو وزنها أو كيلها أو وضع إشارة عليها أو قياسها .

ولكن ما الحكم إذا امتنع البائع من تنفيذ التزامه بإفراز المبيع ؟

نحسب على ذلك المادة ٢٤٨ من القانون المدني بقولها أنه (...) وإذا ورد الإلزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات .

فإذا لم يتم المدين تنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على ثقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال . كما أنه يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير احتلال في الحالتين بحقه في التعويض .

والأشياء المنقولة كالعقود المين بالتزويج في الحكم .

فإذا باع مصنع تسبج كميات من القماش لم يبدأ تسبجها بعد ، فإن المبيع هنا شيء غير معين بالذات ، ولذلك لا تنتقل ملكيته إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد .

ولا يمتلك المشتري المواد الخام في صنعه كالقزل مثلا لأن الطود النصب على
القماش لا على القزل .

إلا أنه إذا تم صنع الشيء أو تقدم صنعه لدرجة تكفي لتحمينه ، تنقلت ملكيته
إلى المشتري اعتبارا من هذا الوقت لأن وقت إبرام العقد ، واللكية تنتقل من
الوقت المذكور ولو قبل التسليم (١) .

على أنه في الأشياء التي تصنع على مقتضى نموذج واحد من نفس النوع
يتمتع المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعينا بنوعه لإبداؤه ، ولذلك فاللكية لا تنتقل
إلا بقرره على غيره .

ويترتب عن ذلك أنه إذا سلم صاحب مصنع السيارات ألف طلب من ألف
مشتر قسرا سيارة من نوع وطراز معين ، وكان عليه لتلبية هذه الطلبات
أن يقوم بصنع هذا العدد من السيارات ، فلا يكفي لانتقال ملكية كل سيارة
من هذه السيارات أن يتم صنعها وتصبح جاهزة للتسليم ، بل ينبغي أن جانب
ذلك من تعيين سيارة كل مشتر ، ويتم ذلك غالبا بتسليم السيارة إلى المشتري
أو إلى وكيلة (٢) .

(١) السنهوري ج ٤ ص ٤١٨ .

(٢) غفر حسن طه ص ٢١٦ و ٢١٧ .

المبحث الثالث

نقل ملكية العقار

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة ١١٣٦ ومنصوص المرات ٩٠ و ٩١ و ٨١
و ٩٢ و ٩٣ من القانون المدني العراقي ان عقد بيع العقار او بيع اى حق
مبنى عقارى اخر من العقود الشكلية التي لا يكتفى لانعقادها مجرد العرض بل لابد
لذلك من استيفاء الشكل الذى نص عليه القانون (التسجيل في دائرة التسجيل
العقارى) قاله التسجيل في الدائرة المذكورة وكن من اركان العقود الواردة على
الحقوق العينية العقارية فهذه العقود لا تنفذ ولا توجد عالم تسجيل في دائرة
التسجيل العقارى اى تكون باطل يطلانا مطلقا سواء كان العقار المبيع مسجلا
او غير مسجل في الدائرة المذكورة (١).

(م٢) قانون التسجيل العقارى . على انه يخفى هذه الحالات الاستثنائية
التي سبق وان اشرونا اليها والتي ينحلل التصرف العقارى فيها دون حاجة
الى التسجيل في دائرة التسجيل العقارى .

ويترتب على إعلان هذه العقود ان الحقوق العينية لا تنقل ولا تنقل ولا تنقل
بالنسبة للمتعاقدين او بالنسبة للاغيار . كما لا يستطيع احد الطرفين ايجاد الاخر
على اجراء التسجيل او دفع الثمن

ولكن متى تشتغل ملكية العقار المبيع في الزايدات الجبرية ؟

تنص المادة ٨٩ من القانون المدني على انه الا يتم العقد في الزايدات الا بمرور
الزينة ويسقط المطالبة بطلب الزيد ولو وقع يطلانا او بالقال الزايدة دون ان تمر
على احد . هذا مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة في القوانين الاخرى .
فاللادة اعماله تعود نسامية العقد في الزايدات بمرور الزايدة .

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٤٧/ج/١٦٨ في ١٦٨/٣/٢٢ قضاه محكمة التمييز
المجلد الخامس ٢٢٩ .

على انه ينبغي الادارة المدعى الحكم الفقرة الثانية من المادة ١٠٢ من قانون التنفيذ لسنة ١٩٨٠ والذي ينص على أنه (يعتبر المشتري الذي قام بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه مالكا للعقار بانتهاء مدة الفقرة ايام الممنوحة للمدين وفق الفقرة (ثالثا) من المادة ٩٧) ^{بسن / بالحاكم من المحضر المرفق}

فملكية العقار تنتقل الى المشتري اذا حوت المدة المذكورة دون ان يقوم المدين باداء الدين وقام المشتري بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه اي ان الملكية تنتقل الى المشتري قبل تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري .
وبالنسبة لآثار هذه العقود يجب التمييز بين مرحلة ما قبل تسجيل العقد ومرحلة بعد تسجيله وحسب ما هو ادناه .

المطلب الاول

مرحلة ما قبل التسجيل

ان اعتبار العقود الواردة على الموقوف المعنية قبل تسجيلها في دائرة التسجيل المقار عقودا باطله بطلانا مطلقا لا يمنع من ترتيب الآثار التالية .

١- دعوى الاسترداد : ان الدعوى التي بالامكان اقامتها في هذه المقود هي دعوى استرداد لما سلم عن مبيع او ثمن - فالمشتري رغم بطلان عقد البيع اقامة دعوى استرداد الثمن على البائع (١) مع المطالبة بالقائمة القانونية اعتبارا من تاريخ المطالبة القضائية حتى تاريخ التادية الفعلية (٢) . كما ولـ الحق في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن (٣) وذلك وفقا للفقرة الاولى من المادة ٢٨٢ من القانون المدني . وكذلك للمشتري المطالبة بالمصاريف التي صرفها على تحرير المبيع اذا ثبت انه لم يصرفها بنية التبرع (٤) . وقد نصت المادة

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٨٢/ج/٩٥٩ في ١٢/١٢/٩٨٠ بالقضاء ١٩٦٠
العدد ٢٠١ من ١٩٢٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٦٧/ج/٩٦١ في ١٤/٤/٩٦٤ قضاء محكمة
التمييز المجلد الثاني ص ٤٤ و ٤٥ .

(٣) شاكور ناصر - الوجيز ١٩٦٩ ص ١٣٣ و ١٣٤ .

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٦٨/ص/٩٦ في ٢٦/١٢/٩٥٩ القضاء ١٩٦٠
العدد .

٢٨٩ من القانون المدني على أنه (يجوز أن تلقى على ملك غيره وهو في بعض صروفات ضرورية أو نافلة أو انشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً أن يحتج عن رده حتى يستولي ما هو مستحق له قانوناً إلا أن يكون الالتزام بإلزامه ناشئاً من عمل غير مشروع) .

وللبائع إقامة دعوى لاسترداد المبيع من المشتري كما له المطالبة بشراء المبيع ومنفعة التي استوفىها الأخير طوال مدة حيازته إذا كان سيء النية . أما إذا كان حسن النية فإنه يحتفظها (١١٦٥ و ١١٦٦ م مدني) .

١ - **مفسر المثل :** لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بأجر الكيل إذا كان قد أباح له التصرف في المبيع ، لأن عقد بيع العقار الخارجي وإن كان باطلاً ، فإنه يتحول إلى عقد آخر هو (عقد الإباحة) إذا توافرت أركانه (١٤٠ م مدني) (١) . ونؤكد محكمة التمييز (الهيئة العامة) هذا الرأي في قرار لها جاء فيه (إن العقد المبرم بين الطرفين يتضمن شقين : الشق الأول هو بيع المدعيين المميز عليهم - مع أن المدعي عليهما - المميز - بمبلغ قدره اربعمائة دينار دفعت اليهم ، والشق الثاني هو إباحة البائعين التصرف بالعقار للمشتري إباحة مطلقة . أما الشق الأول فهو باطل مالم يتم تسجيله في دائرة الطابو والتقويض في التعاملين انهم مرفوض ذلك لأنه بسبب القانون ، ولما الشق الثاني فهو عقد آخر توافرت أركانه بتداع بانصراف نية المتعاقدين إلى إبرامة سواء تم تسجيله عند البيع أو لم يتم بتسليم العقار إلى المشتري بعد التوقيع على العقد من قبل الطرفين واستلام البائعين الثمن وإقامة في حوزتهم مدة طويلة ، وعليه فلا يبرر إلزام المميزين بأجر المثل - - - - - المثل

وتسليم البائع للعقد المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري للمشتري يعتبر إباحة منه للمشتري بالتصرف ويستحق لذلك عليه المطالبة بأجر المثل (٢) .

- (١) القرار الرقم ١٧٣٩/ج/٩٦٢١ في ١٦/٥/٩٦٨ ، قضاء محكمة التمييز . -
المجلد الخامس ص ١٧١ ، والقرار الرقم ١١١٦/ص/٩٦٤ في ١٨/٧/٩٦٤ . -
لواء محكمة التمييز . المجلد الثاني ص ١ .
(٢) قرار محكمة التمييز الرقم ٢٤٢/ص/٩٦٦ في ١٨/٥/٩٦٦ ، وقرارها -
٣٦٤/ج/٩٦٦ في ٢٢/١٢/٩٦٦ ، قضاء محكمة التمييز . المجلد الرابع ص ٧٣ و ٩٤ على التوالي .

٢٢

وقد الحكم اذا باع مشترى العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري الى آخره
 بإمكان البائع الاول مطالبة المشتري الثاني باجر المثل ولا يسوغ للاخير التصديق
 بأن المبيع له (المشتري الاول) قد ابيع له التصرف في العقار رآه تلقى هذا الحق
 منه ، لان الاياحة صفة بذات الشخص المباح له الذي ليس له ان يدخل هذا الحق
 او يتقله الى شخص آخر . كما ان شراء العقار يخرج دائرة التسجيل العقاري من
 اشتراخ خارج الدائرة المذكورة ايضاً لا يبيع للمشتري الثاني الحق بالمطالبة بما
 صرفه على العقار حتى ولو كان البائع الاول قد ابيع للمشتري الاول حق التصرف
 لان هذا حق شخصي لا ينتقل الى المشتري الثاني (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢)
 علماً بأن اياحة المنفعة في هذه المبيع تقطع بانفاد البائع للمشتري بعدم التصرف
 بالعقار المبيع ومع ايداع الثمن لدى الكاتب العدل لتسليمه الى المشتري ، او من
 وقت المطالبة القضائية (٢٣) .

فما اذا لم يتضمن سند البيع الخارجي اياحة التصرف للمشتري فان تصرفه
 يكون بدون وعسم شرعي وينتهي عليه دفع اجر مثل العقار المالك (٢٤) .

٣ - التمويضي

يميز القاتون مدني المطالبة بالتمويضي في حالة تكول احد الطرفين واخلاقه
 يتعهد بالتفويض في دائرة التسجيل العقاري ، وذلك بموجب المادة ١١٢٧ التي
 تنص على ان (التعهد بنقل ملكية عتار يتجسر على الالتزام بالتمويضي ، اذا اخل
 احد الطرفين بتعهد ، سواء اشترك التمويضي في التعهد ام لم يشترك) .

ولكن ما هو الاساس القانوني لهذا التمويضي ؟

- (١) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٩٨/ح/٦٤ في ١٦/٧/١٩٦٤ - قضاء محكمة
 التمييز المجلد (المجلد الثاني) ص ٤٩ -
- (٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠٤٩/ح/١٩٦٩ في ٢٠/١/١٩٦٥ لقلا عن شاكور
 ناصر التمييز ص ١٣٩ -
- (٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٤٠/ح/١٩٦٤ في ١٦/٧/١٩٦٤ قضاء محكمة التمييز
 المجلد الثاني ص ٤٥ .

ينعيب البعض الى أن الأساس القانوني هنا هو المسؤولية التصهيرية لا الناقضية
أي أن مسؤولية من تعهد بنقل ملكية عقار أو نقل عن التسجيل مسؤولية تصهيرية
لا نكضية لأن المادة ١١٢٧ تكرز لزوم التصريح سواء اشترط في العقد أم لم يشترط
وإن بيع العقار لا ينعقد في التشريع العراقي إلا بالتسجيل - فهو قبل التسجيل
مردم قانوناً ولهذا لا يصبح التمسك بما يرد فيه من شروط (١) -

ويذهب آخرون إلى أنه ليس من الصحيح القول بأن عقد بيع العقار غير المسجل
في دائرة التسجيل العقاري هو عقد منعدم الآخر تماماً - وليس هناك ما يمنع من
أن ينتج هذا العقد البطلان بغير الآثار الشخصية بين المتعاقدين - لا بوصفه
واقعة قانونية - وإنما لأنه عقد صحيح - لا من ناحية كونه عقد بيع عقار وإنما من
حيث أنه عقد غير مسمى يقتضاه القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل
للعقار لأجراء نقل الملكية - إذ أن عقد بيع العقار الباطل هذا يمكن أن يتحول
إلى عقد صحيح آخر حكم المادة ١٤٠ من القانون المدني (٢) ^{الحج}

وينعيب رأي ثالث إلى القول بأن أساس التصريح هنا هو العقد وليس المسؤولية
التصهيرية - وإن العقد الذي ينشأ هذه المسؤولية ليس هو عقد البيع الباطل
إنما هو العهد السابق على البيع والتقصير عليه في المادة ١١٢٧ من القانون
المدني (٣)

واستمر قضاء محكمة التمييز على الرأي الأخير -

وهنا يقتضي القول بأنه لا يجوز المطالبة بالشروط الجزائية إذا مضت مدة
حماية على بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري دون أن يقدم أي من الطرفين
بتنفيذ التزامه - لأن عدم تنفيذ العقد من قبل الطرفين رغم مرور هذه المدة
عليه يعتبر دليلاً على عدولهما عن تنفيذه (٤)

والمدة التي يسقط بعدها حق الطرفين المتعاقدين في طلب تنفيذ الشروط -
الجزائية - بقدرها المحكمة بمسبب ظروف ووقائع كل قضية -

(١-٢) حسن علي الذنون - البيع - ص ١٢٨-١٢٠ - شاكر ناصر الوسيط
ج ١ ص ١٧٦

(٢) قرار محكمة التمييز الرقم ١٨٧/ج/٦٨ في ١٥/١٢/٦٨ مجلة العلوم القانونية
١٩٦٩ العدد الأول ص ١٨٢ -

والقاعدة في التشريع المصري بهذا الصدد تنص: بأنه (في المراء العقارية لاكتفيل الملكية ولا الحقوق المصيبة الأخرى - سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كلاً في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم التمر العقاري) (م ٩٣٤ مدني مصري).

فهناك اختلافاً جوهرياً بين التشريعين المصري والمراقي، إذ بينما يقرر المشرع المراقي أن العقد النازل للملكية العقارية لا ينتقل إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري نجد المشرع المصري يعتبر العقود الواردة على الملكية العقارية منقولة متى قبل تسجيلها في دائرة التمر العقاري إلا أنه يطلق قتل ملكية التمر أو الحق المبنى العقاري نفسه على إجراءات التمر.

ويخرج من الفرق المذكور فرق آخر بين التشريعين من حيث الالتزام بالتعويض بآتمام إجراءات التسجيل - فالقاعدة المصرية تدعو استناداً إلى نص المبدأ ٩٣٤ إلى أن العقود العقارية قبل شهرها لا تكون حرة من كل أثر آخر قبل التمر، إذ يترتب عليها التزامات وحقوق شخصية تنفي بوجوب آتمام إجراءات التمر رتباً أو قضاء ولا يتمتع دورها على مجرد التزام الممنوع عن التسجيل بالتعويض بل يبقى للعقد جميع آثاره ومنها وجوب التنفيذ العيني ولو جبراً على المحزن - أما الالتزامات الشخصية في التشريع المراقي فمأخوذة على الشروط ولا يمكن إجبار البائع على إجراء التسجيل (١) كقاعدة - إلا أن المستوى الطار خارج دائرة التسجيل العقاري أن يطلب من المحكمة تسجيل البعارة باسمه إذا كان له سكنها طبقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الرقم ١١٩٨ في ٢/١١/١٩٧٨ وذلك استثناء من القاعدة العامة المذكورة أعلاه (٢) - وهذا القرار يقتصر على دور السكن والأرض المعدة لذلك وحق التمر فيه (٣).

(١) قرار محكمة التمييز الرقم ١٠٦٢/ج/٥٥ في ٢٦/٨/٥٥ خلا من ما كسر

ناصر، الوسيط ج، ص ١٢٠.

(٢) قرار محكمة التمييز ١٠/ح/١٩٧٨ في ٢١/١٠/٧٨ - الشامي

ص ٩٩٢.

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد ١٩٥٧/ح/١٩٧٩ في ١٦/٩/٧٩ - المنشورة

القضائية - العدد الثالث - السنة الخامسة ١٩٧٩ ص ٩٩ - وكذلك قرار مجلس

قيادة الثورة الرقم ١٤٣٦ في ٢١/١٢/٨٣

■ ان ما يرداه اعلان لا يمنع من اتفاقها على مراجعة والمرة التسجيل العقاري
للتصحيح المعطاة واعادة تسجيل المقار باسم صاحبه الحقيقي . بشرط ان لا يتخلل
ذلك بحقوق الغير .

ولكن هل يسرى هذا المنع على المتعاقدين والغير ام انه قاصر على المتعاقدين
فقط ؟

سريع يلحظ رأى الى القول بمرئان المنع على المتعاقدين والغير بحجة ان المادة
١٤٩٠ سالفة الذكر من القانون المدني قد جاءت بصورة مطلقة ومن دون تمييز بين
المتعاقدين والغير بهذا الصدد . خاصة وان في اتفاقية المجال للغير للطمس
بالعمومية فيها محاذير كثيرة ، لأن العقد لا يتبر في حقهم سوى واقعة عادية .
وهنا الامر يشجع لهم اثبات العمومية ولو بالتعمدة (١) .

ويلحظ رأى آخر - وهو الراجح عندنا - ان نص المنع على المتعاقدين دون
الغير . يداهي الى الدالة والقواعد العامة تقتضي اعطاء غير المتعاقدين مكانة
الطمس في التصرف بالعمومية لكن يمنع المتعاقدين من التمتع بمقوقهم (٢) - خاصة
ان المادة ١١٢٨ من القانون المدني تنص بصراحة على ان الثمن المسمى يجب ان
يدفعه الشفيع هو ذلك الثمن الذي جلسه المشتري - كما ان المادة ١١١٠ من نفس
القانون صريحة في الزام الشفيع . عند دفعه دعوى الصفقة . بايداع نصف الثمن
الحقيقي الذي حصل بسبه البيع الى صندوق المحكمة .

ويتبنى على الراي الأخير ان لدائرة غربية السجل او لمائرة التسجيل العقاري
هنا اثبات ان الثمن المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو اقل من الثمن الحقيقي
وانه ذكر لغرض التقليل من الضريبة او رسوم التسجيل العقاري وكذلك للشفيع
ان يشهد ان الثمن الحقيقي هو اقل من الثمن المسجل في دائرة التسجيل العقاري
وانه سجل كذلك لحرمانه من حق الصفقة .

٣ - ابطال سندات التسجيل العقاري : ان سجلات دائرة التسجيل العقاري
الدائمية وسنداتها تعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها عالم يطعن

(١) المرافد ص ١٥٩ .

(٢) شاكر ناصر - الوسيط ج ١ ص ١٥٢ وج ٢ ص ١٨٨٨ ، سعدون العامري .
ص ١١٣ . غني سبون طه ص ٢٢٨ .

فيما بالتزوير (١) - (قانون الإثبات ٢٢م)

علما بأن مجرد الضمن بالتزوير في حكم التسلية لا يؤثر في صحة هذه السنداء عالم يؤد إلى إبطالها بحكم صادر من محكمة مختصة يكتب الدرجة النهائية .
ومع ذلك بالإمكان تصور بعض الحالات التي يمكن إبطال السند بهد معونه فمثلا للسوسي له بفار أن يلزم دعوى الاستحقاق على الورثة بالاستناد إلى حجة الوصية واستصدار قرار من المحكمة بإبطال السند الذي للورثة واستصدار سند جديد باسمه ، وللوارث الذي لم يدرج اسمه في القسم الشرعي تصحيح هذا القسم وإدخال اسمه فيه مع الورثة الآخرين ومن ثم الألف دعوى الاستحقاق بخصته استنادا إلى القسم الشرعي الصادر بنتيجة التصحيح وبالتالي استصدار قرار من المحكمة بإبطال سند التسجيل العقاري الذي كان الورثة قد استحصلوه واستصدار سند جديد باسمهم جميعا على أن لا يمكن أولئك الورثة ود هذه الدعوى بالتقدم .
وكما يجب الإيذاء الحكم بالاستحقاق إلى الإضرار بخرق المصطفى أو المرفهين بحسن نية من الورثة المذكورين استنادا إلى التلثة سجل دائرة التسجيل العقاري (٢) .

وكذلك بالإمكان إبطال سند المشتري واستصدار سند جديد باسم المصنف في حالة تهرت حتى الأخير في أخذ الطار المبيع بالتسليم .

كما يلاحظ أن قانون التسجيل العقاري لسنة ١٩٧١ رقم ٤٣ تجيز إبطال التسجيل العقاري استنادا إلى قرار من الوزير قبل اكتسابه الشكل النهائي أما بعد اكتسابه الشكل النهائي فلا يحق إبطاله إلا بموجب حكم قضائي حائز درجة التثبت ويترتب على إبطال التسجيل المبني إبطال السند من دون حاجة إلى إثبات ويترتب على إبطال التسجيل المبني إبطال السند من دون حاجة إلى حكم قضائي خاص بإبطاله (١٩٧٩م تسجيل عقاري) .

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١١٠/ج/٩٧٠ في ١٧/٩/١٧٠- المنفرد القضائية .

السنة الأولى . العدد ٣ ص ٨٧ .

(٢) شاكر ناصر الوسيط ص ١٠٠ .

(٣) مؤلفنا موجز أحكام قانون التسجيل العقاري ١٩٩٠ ص ١٥٤ - ١١٠ .

المسرح الثاني

تسليم المبيع

عند الكلام عن التزام البائع بتسليم المبيع ، يلزم التطرق الى الامر التالي
التي سيبحث كلاهما في بحث خاص به .

المبحث الاول

اهمية التسليم وعرقته

لا يكفي مجرد انتقال ملكية المبيع لانهناك ، التسليم ، بل لابد من نقل حيازته
اليه حتى يستطيع من تحقيق النتائج التي تصلاها من السواء .

وقد كان للتسليم اهمية كبيرة في القوانين المدنية كالقانون الروماني والقانون
للدن الفرنسي القديم ، اذ كانت الملكية لا تنتقل الى المشتري الا بالتسليم بل
يلحظ ان بعض القوانين المعاصرة يعلق انتقال ملكية المنقول على التسليم (١٩٣٣م
مدني الماني و ١٩٨٤ و ٧٩٤ م التزامات سويسري) .

اما التشريعات المدنية الحديثة الاخرى فانها لم تشترط التسليم
لانتقال الملكية الا انها مع ذلك اقرت اهمية التسليم . فالتسليم يمنع من تطبيق قاعدة
الحيازة في المنقول سند الملكية ، فمثلا اذا باع شخص منقولا معيناً بالذات لمشتريين
بالتعاقب فان الثاني يمتلك المبيع اذا كان قد تسلم المبيع وذلك استنادا الى
قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، والا انه يمنع تطبيق القاعدة مماز البحث
اذا كان المشتري الاول قد تسلم المبيع من البائع (١٩٦٣ م مدني) (١) .

وللتسليم اهمية في بيع الاشياء الخفية ، اذ ان ملكية هذه الاشياء لا تنتقل الا
بالاقرار ، ولما كان الاقرار لم يتم في الغالب عند التسليم ، لذلك يختلف انتقال
ملكية المبيع المنقولي بتسليمه .

كما للتسليم أهمية في ترتيب فوائد الثمن . إذ أن المادة ٥٧٣ من القانون المدني تنص في هذا الصدد في فقرتها الأولى على أنه (ـ لاحق للبائع في القوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء . إلا إذا اعذر المشتري أو سلطة التسيء المبيع وكان هذا كإبلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى . وذلك عالم يوجد اتفاق أو عرف ينطبق بشيء) .

فالمشتري يلتزم بفوائد الثمن القانونية إذا كان قد تسلم المبيع وكان هذا منتجا لثمار أو إيرادات أخرى .

ويستثنى البعض على هذا الحكم بداعي عدم وجود مبرر للتمييز بين المبيع المنتج للثمار والائرنادات والمبيع غير المنتج لها ، إذ أن النوع الأخير يمكن الانتفاع به أيضا .

وعلى كل فإن التزام البائع بالتسليم هو من تعهديات عقد البيع يستثنى أن البائع يلتزم بالتسليم بمجرد انعقاد العقد ومن دون ضرورة إلى نص فيـــــــــــــــــه بعضي بذلك .

والتسليم قد يكون ماديا أو معنويا (١) ، (٥٣٨ مدني هراقي ٤٣٥ مدني مصري) والتسليم المادي هو التسليم الذي يستلم عملا ماديا معبوسا هو تسليم سيارة المبيع من يد البائع إلى يد المشتري الذي هو الباطن البائع لبيع إلى المشتري فضلا ولهذا فهو يستلزم عملا ايجابيا من جانب المشتري هو استيلاؤه ماديا على المبيع .

وبجانب التسليم المادي هناك التسليم القانوني الذي ينطبق بوضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك ولو لم يحصله الأخير فضلا .

والسبب في اعتبار هذه الحالة في حكم التسليم هو ضرورة عدم ترك البائع تحت رحمة المشتري . ذلك لأن التسليم المادي يستلزم أيام للمشتري يحصل ايجابيا هو الاستيلاء على المبيع . وقد يمنع الاخير عن القيام به ليعطل بذلك عملية التسليم دون أن يكون للبائع تعبير في ذلك .

(١) يطلق لها، الشريعة الإسلامية عليهما تعبير (التسليم الحقيقي أو العيني) .

كما ان التسليم يعتبر تسليما فانواليا في حالة اعلان البائع للمشتري لتسليم
المبيع ، حيث يعتبر هذا الاعلان بمثابة وضع المبيع تحت تصرف المشتري .

وتختلف طرق التسليم باختلاف طبيعة المبيع . وقد نصت على ذلك الفقرة
الاولى من المادة ٢٣٥ من القانون المصري بقولها (١٠٠) ويحصل هذا التسليم
على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

ورغم غلر التشريع العراقي من حكم مماثل للحكم المصري الا ان الفقرة
يجمع على امكانية اخذ به في ظل التشريع العراقي ايضا (١) -

ولذلك فالتسليم يجب ان يتم وفقا للطريقة التي تناسب مع طبيعة الشيء
لمبيع تبعا لما اذا كان عقارا او منفولا او مجرد حق من الحقوق الحصرية . كما
ان طريقة التسليم تختلف تبعا لظروف الاحوال .

فتسليم العقار يكون بالتخلي عن حيازته للمشتري . فلذا كان انقار المبيع
من المباني تحيط بالبائع اشلاؤه ونقل عاقبه من اثاث ومحتاج ، واذا كان ارضا زراعية
فعلية الاعتناء من زراعتها والكف من جني محصولها .

وعلى البائع في بعض الحالات اضافة لما تقدم : ان يصلم مفاتيح البندار
او الارض المسورة او تسليم مستندات التملك - ونلاحظه بالمستندات ما ليس هو
عقد البيع الاخير بولما هو الصحيح التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع ،
لان هذه الصحيح ضرورية للمشتري لتسجيل عقد او للتصرف في العقار في المستقبل
لانه يلزم باثبات ملكية من تفي الحق عنه (٢) -

اما تسليم المحلول المبيع فيتم عادة بالانقار اليدوية اذا كان مما يسهل نقله
وحمله . ويجوز ان يكون تسليمه بتسليم مفاتيح الصنفوق او خافض الخزن الذي
يوجد فيه المبيع ، او بنقل المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري كما لو كان المبيع
الذ بنارية لا يمكن حملها . وقد يكون التسليم بالعملية والاذن كما لو كان للمبيع
محصولات لانزال لالة في الارض او تصارا على اشجار -

(١) المصري من ١٠٩ ، غني حنون طه من ٢٢٣

(٢) انور سلطان من ٢٤٩ ، الهلالي وحامد زكي من ٢٩٧ ، الميراف من ١٦٣ .

ولذا كان البيع مجرد حق ولم يكن من الأشياء المادية فمطلبة يتم بتسليم
• سند • فتسليم حق الارتفاق يتم بتسليم سند إذا كان له سند أو بالساح
للشئى باستعماله مع تمكنه من ذلك •

وتسليم الحقوق الشخصية يتم بتسليم سنداتها المثبتة لها مع مراعاة
الايراءات اللازمة لسريان حواله الحق في مواجهة المطال عليه • فإذا لم يكن
له سند ثابت كحق المؤلف على مؤلفه • فالتسليم يتم بالصريح المشتري
بالانتفاع بالحق •

والتسليم المعنوي هو التسليم الفنى يتم بمجرد تراضي الطرفين ودون حاجة
الى اشياء المشتري ماديا على المبيع •

وقد نص المشرع على ثلاثة صور للتسليم المعنوي وهي :-

١ - الصورة الاولى :- ويتم التسليم بمجرد هذه الصورة بمجرد تغيير يده
المشتري في حيازة المبيع • وقد نصت على ذلك المادة ٢٩٩ بقولها (إذا كانت
العين المبيعة موجودة تمت يد المشتري قبل البيع ، فاشتراها مسمن المالكه
فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضامن أو يد امالكه) •

٢ - الصورة الثانية :- والتسليم يتم بموجبها بمجرد اتفاق الطرفين • إذا بقي
المبيع في يد البائع بسبب جديد كالإيجار أو الهبة أو الرهن الفنى ثم يبتع ويبيع
المشتري • وقد اشارت الى ذلك الفقرة الاولى من المصلحة ٤٠ من القانون
المدينى التى تنص على انه (إذا أجر للمشتري المبيع قبل قبضه الى ياتمه أو ياتمه
منه أو وصيه اياه أو وخته له أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض
اعتبر المشتري قابضاً للمبيع) •

٣ - الصورة الثالثة :- تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من القانون المدينى
على أنه (وإذا أجره - أى أجر المشتري المبيع - قبل قبضه لغير البائع أو ياتمه

أو هبة أو رهنه ، أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه
المعناه . قام هذا القبض مقام قبض المشتري . *

وتختلف هذه الصورة عن صورتين السابقتين في أن حيازة المبيع تنتقل فيها
انتقالا ماديا إلى شخص غير المشتري بعد تأثبا منه في تسليم المبيع ، وهذا الشخص
هو الشخص الذي تمليك مع المشتري ، إذ إن حيازة هذا الشخص يعتبر قبضا
فعليا بالنسبة للعقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضا حكما بالنسبة إلى نفسه
البيع ليقوم القبض الأول مقام القبض التالي (١) . *

(١) العنبري ص ١١٢ --

المبحث الثاني

أركان التسليم ومكانه ومصاريفه

إن زمان تسليم المبيع هو زمان دفع الثمن من قبل المشتري وهذا الحكم ما هو إلا تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة في الدفع بعدم التنفيذ التي تجرى على سبيل العود الملزمة للجانبين والتي يستتبعها لاستطیع أحد الطرفين إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه إلا إذا هو نفذ التزامه أيضا أو كان على الأقل محصلا لتبنيه .

ولكن للطرفين المتعاقدين الاتفاق على تسليم المبيع فور استلام العقد إلى المشتري على أن يؤجل دفع الثمن إلى تاريخ لاحق - كما لهذا الاتفاق على دفع الثمن مقدما على أن يؤجل تسليم المبيع إلى ميعاد آخر . (٥٣٦ م مدني) .

ومكان التسليم هو المكان المتفق عليه في العقد - فإذا لم يوجد اتفاق بذلك ، فإن مكان التسليم هو محل وجود المبيع وقت إبرام العقد . ويفترض المذرع لريضة . في هذه الصلة ، يستتبعها يعتبر محل إقامة البائع محلا لوجود المبيع المنقول التي لم يبين محل وجوده - إلا أن هذه القرينة قرينة بسيطة لايلة لاثبات العكس . ويرتب على ذلك أن للمشتري أن يثبت أن المبيع كان في محل آخر وقت انعقاد ، فإن أثبت ذلك وجب التسليم في هذا المحل لا في محل إقامة البائع (٥٤١ م مدني) والأصل أن البائع هو الذي يلتزم بمصاريف تسليم المبيع إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقتضي بخلاف ذلك . فمثلا بموجب عقود توريد الماء والكهرباء ، يتحمل المستهلك اجرة العهد التي هي من مصاريف تسليم الماء والكهرباء (٦) . كما يجوز أن يقتضي الاتفاق ، أو تعرف بأن تكون مصاريف التسليم متعاقبة بين البائع والمشتري . (٥٤٦ م مدني) .

والحكم أعلاه تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة التي تقرها المادة ٣٩٨ من قسريتنا المدني والتي تنص على أن (عقبات الإلقاء على المشتري) ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نص يقتضي بغير ذلك) وكان بإمكان المذرع الاكتفاء بمسألة والاستغناء من سبكم المادة ٥٤٢ من القانون المدني .

(٦) الطامري ص ١١٣ .

المبحث الثالث

ملحقات البيع وحالته عند التسليم

١ - ملحقات البيع

ملحقات البيع هي كل ما يعتبر متبعا ومكملا للبيع ، بحيث لا يكمل انتفاع المشتري بالبيع بغيره (٢٧٧ م مدني).

ويجب لتجديد ملحقات البيع الرجوع أولا الى اتفاق المتعاقدين ، فان لم يوجد اتفاق ، وجب الرجوع الى العرف ، اذا لم يوجد العرف ، ايضا وجب تطبيق هذه الملحقات بحسب طبيعة البيع وجرته .

فملحقات العقار تشمل جميع ما بعد بصفته قائمة لاستعماله ، كما تشمل جميع الحقوق والدعاوى المتصلة به او المرتبطة به . فمسندات التملك وعقود التأمين وحقوق الارتفاق المقررة ، ودعوى مسؤولية المهندس والمقاول ، في كل خلل او تهم يصيب البناء ، خلال عشرة سنوات من تاريخ تسليمه ، تعتبر جميعها من ملحقات العقار البيع .

كما تعتبر من ملحقات البيع جميع انواع العقار المتصلة المستقرة التي لا تقبل الانفكاك عنه دون ضرر يصيبه - فالدوايب المثبتة فيه ، والشايف المثبتة على قواعد نابتة تعتبر من ملحقات المبيع - اما المراكب والثريات المتصلة فانها لا تعتبر من ملحقات المبيع -

ويشمل بيع الاراضي الزراعية ما كان من توابعها من مواشي واللات وسخاير وما لم ينقص من المحصولات والثمار والاشجار المزروعة فيها على سبيل الاستمرار اما المحصولات والثمار العائمة والاشجار المزروعة في اوعية فلا تعتبر من الملحقات .

فيما يتعلق بملحقات المنقول يلاحظ ان بيع الحيوان يشمل سقاره التي يرضعها والشر والصور لها للجز - وبيع السيارة يشمل معتقات عكيقها وسنودها وادواتها الاحتياطية وبيع المحل التجاري يشمل كافة عناصره المادية كالبضائع والدوايب والرفوف .

اما الزيادة الحاصلة في البيع به . لمقد وقبل القبض كالنمر والفتاح فانها تكون للمشتري ما لم يوجد اتفاق او عرف بخلاف ذلك . (٥٧٢ م مدني) .

وقد اختلف التسراح في مصر حول اساس حكم المادة ٤٥٨ التي تنال الحافة ٥٧٢ من التشريع العراقي . ففرق منهم ينصب الى وجوب تسليم الثمرة التي المستوي لان الثمرة تعتبر من ملحقات المبيع (١) وينصب فريق اخر الى ان سيب تلك المشتري للثمار لا يرجع الى اعتبار قلده الثمار من ملحقات المبيع وانما هو يرجع الى عبثية المشتري مالكا للمبيع . وبهذا الاعتبار - فانه يملك ثمار المبيع للمشتري طالما لهذا الرضى . لا يملك الثمار الا من وقت انتقال الملكية اليه (٢) .

٢ - حالة البيع وقت التسليم

تنص المادة ٤٣٦ من القانون المدني المصري على انه يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

ولم ينص المشرع العراقي على حكم مماثل . ولذلك ينبغي الرجوع الى احكام القواعد العامة واتادة الطرفين المتعاقدين لتحديد حالة المبيع وقت التسليم (٣)
فالذا كان المبيع شيئا معيناً بالذات وجب على البائع تسليمه على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد ولو كان على حالة سيئة . لان المفروض ان المشتري عاينه او علم به علما كافيا (٣) .

ويجب على البائع ان يسلم المبيع المتفق عليه ولا يجوز له تسليم شيء آخر حتى ولو كان مساويا في القيمة او ازيد منها الا اذا وافق المشتري على ذلك
كما ليس للبائع ان يجهت اي تغيير في المبيع ، سواء كان ماديا ام قانونيا

(١) مصرع مصطفى ب ٧٥ - استعمل قائم ب ١١٦ الدستوري ج ٤ ص ٧٧٤

(٢) الذنون ص ١٥١ - الصراف ص ١٧٠ ، محني حصون طه ص ٢٤٢

(٣) انور سلطان ص ٢٠٣ - الهلالي وحامد زكي ص ٣١٤ - الدستوري ج ٤ ص ٥٦٠

والأجاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ المينى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وقت التعاقد ، إذا كان ذلك ممكنا ، أو المطالبة بالتصحيح مع التمييز طبقا لنوعه العامة إذا تفرقت إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وقت التعاقد (٦)

أما إذا كان المبيع شيئا معينا بالنوع فإن البائع يلتزم بتسليم شيء من الصنف المنقضي عليه فإذا لم يكن هناك اتفاق ولم يمكن استخلاص صنف المبيع من العرف أو من ظروف التعاقد التزم البائع بأن يسلم للمشتري شيئا من الصنف المتوسط لأمن الصنف الجيد حتى لا يظن البائع ولا من الصنف الردي حتى لا يظن المشتري (٧) وإذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشتري اعتبر أنه قد تم على الحالة الواجبة (٨)

وعليه الإثبات بكون على البائع لأنه هو المدين بالتزام التسليم وعليه أن يثبت براءة ذمته من الالتزام ، أي أن يتبهم عدم تغير حالة المبيع عما كان عليه وقت التعاقد (٩)

(١) الهلالي وحلمد زكي من ٣١٢ هامش رقم (٦) - غنى حسن طه من ٢٤٤
(٢-٣) الهلالي وحلمد زكي من ٣١٤ ، السنهوري ج ٢ من ٥٦٠ ، ٥٦١ مرقس
(٤) السنهوري ج ٤ من ٥٦٤
من ٣٥٨

المبحث الرابع

١ - حكم نقص المبيع أو زيادته

يتناول أحكام هذا البحث في قسمين تخصص ، أولاً لحكم نقص المبيع أو زيادته وثانياً لهلاك المبيع .

١ - نقص المبيع أو زيادته :

يميز المصروع بين الأشياء المثلية والتي لا يضرها التبعض وبين الأشياء المثلية التي يضرها التبعض ، (المادة ٥٢٣ ، ٥٢٦ مدني)

أ - الأشياء المثلية التي لا يضرها التبعض :

ويكون المشتري متبرراً بين فسخ البيع وبين أحد الباقين من المبيع بخصه فمن الثمن ، سواء مسمى ثمنه جلية أو بسعر الوحدة (١) فضلاً إذا اشترى شخص (١٠٠) طن من الحنطة بسعر ١٠٠ ألف ليرة (١٠٠) ديناراً أو بـ ١٠٠ ألف ليرة ففسخ (١٠٠) ديناراً . ثم وجد مقدار المبيع عند التسليم (٥٠) طناً فإنه يكون له دعوى فسخ البيع أو استلام الموجود من البيع بنصفه من الثمن أي (٥٠) ديناراً .

لما إذا تبين أن الحنطة الموجودة هي أكثر من المقدار المتفق عليه ، فالزيادة تكون للبائع ولا يجوز للمشتري أخذها حتى لو أبدى رغبته في دفع قيمتها فالمـ يرفق البائع على ذلك - كما لا يجوز للاشير إجبار المشتري على شرائها لأن و البيع وارد على الكسبة المتفق عليها في العقد - (٥٢٣ م مدني)

ب - الأشياء المثلية التي يضرها التبعض :

يجب التمييز بين حالتين هما حالة تسمية الثمن جلية وحالة تسمية الثمن على أساس سعر الوحدة - وفي الحالة الأولى يقرر المصروع بأنه إذا ظهر نقص فـ

(١) قرأ محكمة التمييز المرقم ٢٢٢ / مدينة لائنة / ١٩٨١ في ١٢ / ٨ / ١٩٧٥ - الأحكام المعدلة ، السنة الثانية عشر ، العدد الثاني ، ١٩٨١ ص ١٥ .

ح- المبيع عند التسليم / فإن المشتري يكون متبرعا بين قبض العقد وبين أخذ البائع من المبيع بجبلته الثمن المتسرى إلى العقد ^(١) إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين يستوجب للمشتري أن يأخذ الباقي بما يقابله من الثمن ^(٢) أما إذا وجد البيع زائدا فالزيادة تكون للمشتري بلا مقابل ، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين المتعاقدين يلزم المشتري بدفع العوض عن هذه الزيادة .

والعلة في إعطاء الزيادة للمشتري بقوله عوض هي أن (الثمن تعلق بالجبلته لرضاء البائع ببيعها ، والزيادة وصف من الأوصاف ، والوصف لا يقابلة شيء من الثمن (١) لو كان بيان مقدار المبيع يكون من قبيل الوصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن وإنما أعطى المشتري حق الفسخ إذ ظهر المبيع ناقصا لفقدان الوصف المطلوب فيه . (١٤٤٥.٥٤٥ م مدني) .

فالمراد بالوصف هنا هو (الوصف الفقهي وهو التابع للشيء غير المنفصل عنه الذي يزيد الشيء حسنا فمثلا أن تكون قطعة من الماس عشرة قراريط وصف للقطعة لأنه يزيدها حسنا بقليل أنها إذا فقدت قيوطا مثلا تهبط قيمتها هبوطا زائدا غير متناسب مع مقدار النقص . وإن ظهر ناقصا غير المشتري بين الفسخ وبين أخذ المبيع بكل الثمن لأن الثمن تعلق بالمبيع جبلة ولم يتعلق به تعلقا إلى المرافعة (٢) .

ويذهب بعض الشراح إلى أن سبب إعطاء الزيادة إلى المشتري هو تفجير البائع بمقدار التأكد من مقدار المبيع ، فالمبيع كان في يد البائع وكان في استطاعته معرفة مقدار ما يبيع ، لماذا قصر في ذلك وجب عليه أن يتحمل هو نتيجة تخمينه بهذا (٣) .

لذا في الحالة الثانية يأتي إذا كان المبيع من الأنوية المثلية التي يضر حياها التمييز وحده ثمة على أساس سعر الوحدة وظهر نقص أو زيادة فيه عند التسليم ، فإن المشتري يكون متبرعا بين الفسخ وبين أخذ المبيع دون تمييز ولكن بما يقابله من الثمن لا بالثمن للمسي - فمثلا إذا اشترى شخص قطعة قماني على

(١) منبر القاضي ج ١ ص ٣٣٠ ، ٣٣٦

(٢) السنهوري ج ٤ ص ٧٠٤ هامش (١) - العامري ص ١١٨ .

أما عشرة أمتار بمسعر المتر الواحد خمسة دنانير . ثم ظهر أنها تسعة أمتار
لا عشرة فلا يلتزم المشتري . إذا لم يلما فسخ البيع ، إلا بقطع خمسة وأربعين دينار
أما إذا تبين بأن القصاص أحد عشر مترا فإنه يلتزم بقطع خمسة وخمسين دينارا
إلى البائع ، إذا هو رجح عدم فسخ العقد .

فالفرق بين الحالتين أعلاه هو أن ليس للمشتري في الحالة الأخيرة أن يرفض
الزيادة ، لذا لم يستعمل خياره بفسخ البيع . أما في الحالة الأولى فله ذلك
والسبب في ذلك هو عدم جواز تمييز المبيع في الحالة الثانية لأن ذلك يقصر
بالبائع (١) .

وبمشرط لكي يكون للمشتري الحق في إفساخ البيع وأن يكون للبائع الحق
فيما يظهر من زيادة تجاوزت النقص أو الزيادة خمسة في المائة من القدر المتفق عليه
في العقد . كما يلتزم على المشتري أنه يرفع الدعوى على البائع خلال مدة لا تزيد
على ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم المبيع تسليمه فعلياً لا تسليماً حكماً أو معنوياً
(٢٤٦ م مدني) .

والعلة في إقرار سريان مدة رفع الدعوى من تاريخ التسليم الفعلي هي أن
التسليم الفعلي وحده يبيح للمشتري أو البائع فرصة الكسب ضمن الزيادة أو
النقصان في المبيع (٢)

كما أن السبب في تحديد النظام بهذه المدة القصيرة هو رغبة المشتري في تأمين
الاستقرار في معاملاته ، لأن بقاء العقد معرضاً للفسخ مدة طويلة يفسد دون
تحقيق هذه الغاية (٣)

(١) العاصري ص ١١٩
(٢-٣) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٤ ص ٦٥
الستودري ج ٤ ص ٧٧ هامش (٢) . العاصري . ص ١١٩

٢ - حكم هلاك المبيع قبل التسليم

على تبعه هلاك المبيع على المشتري إذا حصل الهلاك بعد إبرام البيع ومعه تسليم المبيع اليه .^{١٠} سواء حصل الهلاك بفعل المشتري أو بسببه اجنبي . أما إذا تسبب البائع في الهلاك ، فيكون للمشتري الرجوع عليه كما في شخص اجنبي طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .^{١١}

وبعد حصول الهلاك بعد إبرام البيع وقبل تسليم المبيع إلى المشتري ، يجب التمييز بين حالتين : الأولى هي حالة كون المبيع تبعاً مطلقاً ، والثانية هي حالة كون المبيع تبعاً معيناً بالذات .

(أ) هلاك الشيء قطري (المعين بالتوصيف) قبل التسليم :

لا تنور مشكلة من يتحمل تبعه الهلاك في هذه الحالة ، لأن الشيء ، المتلي لا يتعين بالذات إلا بالألوان . وقبل الإفراز لا يمكن للبائع أن يدعي هلاك المبيع في مواجهة المشتري بل هو يلتزم بأن يسلمه شيئاً من النوع المتفق عليه في العقد .^{١٢} وكذلك الحكم متى ولو كان الثمانيان قد حددوا الشيء المبيع بأوصافه كما لو باع شخص لآخر عشرة أطنان من نوع معين من الحنطة ، وكان البائع يملك من هذه الحنطة كمية معينة فهلك قبل التسليم ، إذ يلزم البائع هنا بأن يسلم للمشتري الكمية المتفق عليها رغم هلاك الكمية التي كانت موجودة لديه .

ولكن ما الحكم إذا تسبب المشتري بالذات في هلاك المبيع قطري ؟

يذهب فريق من الشراح إلى أن المحكمة أن تحكم في الحالة مدرك البحث بمسؤولية المشتري وأن تعتبر البائع قد أوفى بالتزامه بالتسليم وأن المشتري قد سلم الكمية حسب الاتفاق ، إذا رأيت (أي المحكمة) أن الحكم على هذا الوجه أقرب إلى تحقيق العدالة من الحكم عليه بأداء التعويض والزام البائع بتسليم الكمية المتفق عليها (١٣) . ونرى وجوب الحكم على المشتري بالتعويض حسب قواعد المسؤولية التقصيرية مع إلزام البائع بالتسليم ، نعم أمكان اعتبار التسليم وأنما في الحالة مدار البحث .

(١٣) المصنف ص ١٧٧ و ١٧٨

(أ) هلاك الشيء المبيع بالذات قبل التسليم :

حسب النصين ١٧٩، ٥٤٧ من القانون المدني يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بفعل المشتري أو بفعل البائع واهلاك بسبب القوة القاهرة .

أولا - الهلاك بفعل المشتري أو أقبالـه :
كما ذكرنا في كتابنا السابق (١) يجب تمييز بين حالتين :
إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري كان الهلاك عليه ، سواء أكان الهلاك كلياً أو جزئياً ويتوجب عليه أن يدفع الثمن إلى البائع كاملاً إذا كسب ما لم يقضه ، أما إذا كان قد دفعه فيستع عليه أن يسترد من البائع .
وإذا كان الهلاك قبل التسليم بفعل البائع فإنه يكون مسؤولاً في مواجهة المشتري . وعليه رد الثمن إن كان قد قبضه كما يلتزم بالتعويض عما أصابه المشتري من ضرر وفقاً للقواعد العامة .

ثانياً - الهلاك بسبب أجنبي :

إن المشرع يميز في هذا الصدد بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي ويقرر بـما ن تبعة هلاك المبيع كلياً ، خلال الفترة الواقعة بين إبرام البيع وقيل تسليم المبيع إلى المشتري ، على عاتق البائع ، رغم أن المشتري أصبح مالكا للمبيع قبل القبض ، فالعقد ينفسخ تلقائياً . لذلك يجب اعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد .

وهذا الحكم ينسجم مع قواعد المسؤولية الإسلامية ، ذلك لأن يـهـد البائع على المبيع قبل القبض تعبر يـهـد أمانة ، فإذا هلك المبيع قبل القبض بقوة القاهرة انفسخ البيع ومنط الثمن وكان هلاكه على البائع (١) ٢٩٣ م (مجلد) .

أما القانون المدني الفرنسي فإنه يجعل تبعة هلاك المبيع بعد البيع والقبض القبض على المشتري لا البائع .

وتد انقد هذا الحكم من قبل الفقهاء لما ينطوي عليه من إسقاط للمشتري . حيث يلزمه في حالة هلاك المبيع ، بدفع الثمن دون مقابل . كما أنه يتعارض مع

(١) ملير الفاضي ج ١ ص ٢٥٧ .

مبدأ تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين المقرر في القانون الفرنسي والنموذج رتبته عليه نظرية فسخ العقد لعدم قيام قيام أحد المتعاقدين بتقيد التزامه هو لاستحالة هذا التقيد -

ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء ليرى الحكم الفرنسي باعتباره تطبيقاً للقاعدة (الفرم بالغرم) ، أما دام المشتري يستفيد من كل زيادة في المبيع بعد العقد ، فمن البطلان أن يقع عليه حلاكه بعد العقد . واعتبره آخرون تطبيقاً للقاعدة (هلاك الشيء على حاله) ، فما دامت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري بمجرد استيفاء العقد فعليه أن يتحمل تبعات هلاكه ، خاصة وأن البائع قد وافى بتنفيذ التزامه بنقل الملكية . وقال آخرون أن عقد البيع ، وقد أصبح ينقل الملكية إلى المشتري بمجرد إبرامه يعتبر قد وافى العرض المقصود منه أصلاً ، لأن التزام البائع بنقل الملكية هو أهم التزاماته . أما الالتزام بالتسليم فهو التزام ثانوي . أما التشريع المصري لأنه يخالف التشريع الفرنسي في هذا الصدد ، حيث يجعل تبعه حلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا المشتري

أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن للمصري يكون مبرراً بين فسخ البيع أو أخذ الباقي من المبيع بعد انقضاء الزمن .

ولم يفسخ البيع في هذه الحالة لأنه لا يتم تلفاً كلياً وبفوة القانون . بل لابد لتقريره من حكم من المحكمة المختصة أو اتفاق بين الطرفين المتعاقدين .

ويختلف حكم التشريع المصري عن الحكم العراقي لأنه يفيد حقوق المشتري في الفسخ بوجوب كونه الهلاك الجزئي جسيماً بحيث لو طرأ قبل انعقاد البيع والفسخ يمتنع الفسخ على المشتري إذا لم يبلغ الهلاك الجزئي الحد المذكور (١) أما التشريع العراقي فإنه لا يطبق حق المشتري في الفسخ بالتبطل المذكور ولذلك فلا استجابة لطلب المشتري الخامس بالفسخ أو عدم الاستجابة له يكون متروكاً لحكم القواعد العامة وتقدير القضاء .

(١) الجمهوري ج ١ ص ٦٦٧

هذا وإذا كان الأصل هو جعل البائع ثبته الهلاك قبل التسليم ، إلا أن لهذا الأصل الاستثناءات التالية :

سأولاً - إذا وجد اتفاق يظهر بأن يتحمل المشتري ثبته هلاك المبيع قبل القبض فيعمل بهذا الاتفاق .

ثانياً - إذا ظهر البائع المشتري لتسلم المبيع في الأجل المحدد لذلك وامتنع المشتري عن ذلك وهلك المبيع ، لأن امتناع المشتري عن التسليم يعتبر تهاجراً في هذه الحالة فعليه أن يتحمل تبعاته .

ثالثاً - ■ وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن ودون استئذان البائع وهلك المبيع ، فالمشتري هو الذي يعمل الهلاك في هذه الحالة . (١٧٨/٢ ممدني)

رابعاً - إذا كان البيع تجارياً ، فإن ثبته هلاك المبيع في القانون التجاري تدور مع انتقال الملكية لامع التسليم (١٥٣ م قانون تجاري المشرق) .

ج - حكم هلاك المقبوض على سوم الشراء ، والمقبوض على سوم النظر :
المقبوض على سوم الشراء هو ما يضبطه مريد الشراء من البائع بعد المسطرة وتسمية إنشئ حقيقة أو حكماً من قبل الطرفين المتعاقدين ، فمثلاً إذا قسّم البائع لفرعيل الشراء وأن ثمن سيارتي هذه متبرعتان ألف دينار فأن أصبحتا لشعرهما ، فقال الراغب في الشراء : إذا تعينتني اقترجتها بضمين ألف دينار وأخذها كانت لسيارة مقبوضة على سوم الشراء وقد سمي الثمن حقيقة ، أما إذا سمي أحد الطرفين الثمن ولم يقل الثاني شيئاً بل أخذ السيارة على أن يشتريها أن أعجبه كان المقبوض على سوم الشراء ، وقد سمي الثمن حكماً . لأن سكوت الطرف الثاني وأخذ البارة يشير رضاه منه بالثمن الذي ذكره الراغب في البيع .

أما المقبوض على سوم النظر فهو المقبوض لأجل أن ينظره القابض أو أن يريه لآخر سواء بين له ثمن أو لم يبين (١) .

روايت من النص أعلاه أنه إذا هلك المقبوض على سوم الشراء بيد القابض هلك مضمونها عليه بثبته أن كان مثلياً وبقيته مهباً بلغت أن كان قيمتها (٢) .

(١-٢) تشير القاضى ج ١ من ٢٧٣ و ٢٧٤ . تارن : حسن ذنون من ١٨٠

وكذلك الحكم إذا ملك المقبوض بفعل القابض وكان الهلاك قد حصل بمسئد رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع - أما إذا تسبب القابض في الهلاك قبل رجوع صاحب المال عن رغبته في البيع ، فإن فطره هذا يعتبر رهنا بالشراء وتنفيذا له .

أما المقبوض على سوم الفطر فيعتبر بمثابة في يد القابض ، فإذا ملك يئسه دون تعد منه أو تقصير ضمان عليه - أما إذا ملك للمقبوض بشيء أو تقصير من القابض فإن الأخير يفسن المثل أن كان مثلياً ، والقيمة بها بدلت أن كان ثيباً .

وحكم المقبوض على سوم الشراء دون تسمية الشئ كحكم المقبوض على سوم الفطر .

وله اختلاف المصرايح (١) حول التكيف القانوني للمقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم الفطر . فمريق منهم يذهب إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء أملاً يبعاً عوقفاً على جهازه المشتري أو يبعاً بخيار الشرط ، ويذهب لغيرهم إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء يبعاً بشرط التجربة ، وشاية ما إلى الأمر هو أن البيع هنا معلق على شرط فاسخ لا واقع كما هو الأصل في بيع التجربة ، وينتهي فريق آخر إلى أن المقبوض على سوم الشراء اقرب ما يكون إلى سرور البيع المعلق على شرط ، والله . ريبز هؤلاء المصرايح حكم التفسير العرفي الذي يلقي تبعه الهلاك على القابض بالثبوت بأن مرده ذلك هو ربط للشروع لهذه الفجرة بالتسليم وحسب .

واترأى المراجع يذهب إلى اعتبار المقبوض على سوم الشراء اقرب ما يكون إلى سرور الرعد بالبيع ، واعتبار المقبوض على سوم الفطر اقرب ما يكون إلى مجرد دعوة للتفاوض لأن المقبوض في الحالة الأخيرة ليس مقبوضاً بموجب عقد ، ولأن الطرفين حايلا الآن في مرحلة للتفاوض .

(١) وأجج بالنسبة لهذه الآراء : عتير القاضي ج ١ ص ٢٧٤ . المصرايح ص ١٨٥ العاصري ص ١٤٦ المسعودي ج ٤ ص ١٤٣ هامشي (١) الذنون ص ١٨٠

ثالثاً - حكم هلاك العقار بعد التسليم وقبل التسجيل -

اختلف الشراح في مصر في هذا الصدد ، فقسم منهم يذهب الى أن هلاك العقار المبيع قبل التسجيل ولو بعد التسليم يكون على البائع لا على المشتري وذلك لاستحالة وفاة البائع بالتزلف ونقل الملكية في هذه الحالة .

ولكن الرأي الرابع يذهب الى انه لا عبرة بانتقال الملكية ، لان تيمة الهلاك انما تدور وجوداً وهدماً مع التسليم . لذلك فان البائع يتحمل تبعه هلاك العقار اذا حصل قبل التسليم وقبل التسجيل او حصل قبل التسليم وبعد التسجيل اما المشتري فانه لا يتحمل تبعه الهلاك الا اذا حصل الهلاك بعد التسليم وقبل التسجيل . او حدث بعد التسليم وبعد التسجيل (١) .

والشراح عندنا على خلاف (٢) فقسم منهم يذهب الى (ان القاتلون المدني لم يصرح عن حكم الميوض في البيع الباطل ، كما هو الحال في المصلحة ولذلك فيرجح اعتبار البيع غير المسجل حكماً على المشتري القاطن ، لان هذا الحكم هو الذي يستتبع من عبارة المادة ٢/١٣٨ مدني - وهو الذي يتفق مع الرأي الرابع عند الفقهاء بالنسبة للبيع الباطل ، ومع احكام الترميم الإسلامية باعتبار البيع متعلداً وصحيحاً بمجرد الايجاب والقبول ، وبغضون المبيع في ضمان المشتري القاطن ، وبالإضافة الى ما تقدم ببيان المشتري قد اقبض في طرف عقد معاوضة ، فبعبارة البض من جهة عقد لاجبة امانه ، والبيع باطل وان لم يكن له وجود قانوني ، فله وجود فعلي (٣)) ويذهب آخرون الى أن البائع يتحمل تيمة الهلاك اذا حلك العقار المبيع تحت يد المشتري وكان بانتظار تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري بدون تعدد عنه ولا تفسير .

ورجع الرأي الثالث بان (الهلاك على المشتري فيه يد ضمان لا يد امانه ز اذ من الواضح ان العقار مقيوض على سبيل الفراء مع تسمية الثمن ، كما تقدم (٥٤٨ مدني) فالمشتري قد وضع يده على العقار بفعله تملكه ، ولم يقصد البائع من تسليم العقار اليه ان يكون وديعة او امانة تمت بيده .

(١) بهذا هذه الآراء راجع :/ السبيوي ج ٤ ص ٢٤٥ - عرقس وانام ص ٢١٥ (٢-٣) شاكر ناصر ج ١ ص ١٢٩ - الصراف ١٨٧ غني ج ١ ص ١٨٧ (٤) من ٢٦٩ ويراجع المادتين ٤٣٦ ، ٤٣٧ مدني هرافي

٥ - جزاء اخلاص البائع بالتزامه بالتسليم

وبالجميع بين حكم المادة ١٧٧ مدني واحكام التواعد العامة ، يمكن القول بأنه للمشتري ، اذا اخلاص البائع بالتزامه بالتسليم ، المطالبة بالتنفيذ العيني اذا كان ذلك ممكنا ، او المطالبة بالفسخ مع التعويض في الحالتين اذا كان له مقتضى .
لذا اذا كان البيع عينا معينة باقبات ، واخلاص البائع بالتزامه ، جاز للمشتري بعد الاضرار المطالبة بالتنفيذ العيني ، وذلك بالزام البائع بتسليم العين للبيعة وليس جبرا عليه .

اذا كان البيع عينا معينة بالنوع فالمشتري بعد الاضرار المصروف على شيء من نوع المبيع على حساب البائع بعد استعلائه المحكمة او بدون استعلائها في الاحوال المستعجلة (٢/٢٤٨ م مدني) .
وفي حالة تعدد التنفيذ العيني على الوجه اعلاه للمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض اذا وجد ما يبرره .

والاحتمال ان يكون الفسخ قضائيا ، الا انه يجوز للطرفين الاتفاق عليه (١٧٨ م مدني) .

وعبار المشتري في طلب التنفيذ العيني او الفسخ يظل قائما لغير الحكم النهائي ، فاقامة المشتري دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني لا تعني تنازله عن حقه في الفسخ بل انه يقول عن التنفيذ العيني والمطالبة بالفسخ ، على ان لا يكون الحكم النهائي قد صدر (١٩) .

(١٩) الذين من ١٩٧١ المسمى من ١٩٢١ م مدني . حصون مة من ٢٠٧ .

المسرح الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

والعيوب الظاهرة

يلتزم البائع، بموجب عقد البيع، بالامتناع عن التعرض الشخصى، ويدفع ما قد يصدر من تعرض قانونى للمشتري .
كما انه يلتزم بضمان خلق المبيع من العيوب الخفية التي تظهر فيه .
وعليه سنبحث احكام هذا الفرع في مبحثين : تخصص اولهما لضمان التعرض والاستحقاق، وثانيهما لضمان العيوب .

المبحث الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

الاصل ان ضمان البائع للتعرض والاستحقاق يثبت بحكم القانون . الا ان احكام هذا الضمان ليست من النظام العام ، اذا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على مايلقانها . لذلك نتناول ادناه الامور اعلاه :-

١ - ضمان التعرض

كما يضمن البائع عدم التعرض شخصيا للمشتري . فهو يضمن له دفع التعرض القانونى الصادر من الغير ايضا .

(١) ضمان التعرض الشخصى :

يلتزم البائع بالامتناع عن التعرض شخصيا للمشتري سواء كان التعرض ماديا او معنويا .
والتعرض المادى هو كل فعل مالى يصدر من البائع ويكون من شأنه ان يعكر حياة المشتري كالمبيع دون ان يستند في القيام به الى حق قانونى يحميه على البيع .

ومثال التضرع للمادى هو قيام مؤلفه بنشر كتاب كان قد عهد إلى ناشر بنشر طبعه مينة منه ، أو قيام بائع الطاحون بخفض ارتفاعه ، الذي يقوم بتدوير هذا الطاحون عن السنوى الذى كان عليه وقت البيع (١)

ولكن هل يجوز للبائع الذى باع سطة التجارى ان يفتح محلا تجاريا مماثلا في نفس الجهة التى كان فيها محله الاول ؟ لاخلاف في أن البائع يلتزم بمسمى المنافسة اذا وجه في المقدم نفس يلزم البائع بنظم المنافسة ، لا ان الخلاف قد ظهر بالنسبة لحالة عدم شل هذا النص في المقدم - ففرق عن الصراح يذهب الى ان للبائع ان يفتح محلا تجاريا مماثلا في نفس الجهة طبعا للبدء المسام في حرية التعامل ، ويذهب فريق اخر الى ان للبائع ذلك بشرط ان لا يقصد من وراء ذلك الاغراء بالمشتري ، ويذهب الرأى الرابع الى القول بان ليس للبائع ان يفتح محلا جديدا في نفس الجهة لان عقد البيع يفرض عليه التزاما بعدم منافسة المشتري منافسة غير مشروعة (٢)

كما يلاحظ ان المحاكم الفرنسية على خلاف حرج ما اذا كان واجب البائع المذكور اعلاء رايها شخصيا لا يقتل لورثته ، او انه واجب ينتقل الى الورثة لعدم تباينها بشخص البائع ، ولكن يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان هذا لا يصح ان يكون هدف البحث ، بل معاداة في الواقع معرفة ما اذا كان عمل الورثة يعتبر تعرضا او لا يعتبر كذلك ، وذلك لانهم يمتنعون ورثة البائع ملزمون بعدم التضرع للمشتري اذا انتقل اليهم الالتزام بحسب احكام الميراث ، فاذا انتقل اليهم هذا الالتزام تم ثبت من اجراءاتهم انهم تعاملوا التجارة بشكل يلقى على الناس حقيقة احرص ويضيه لهم أن جعل الميراث لا يزال باقيا ويجب ان يمتنعوا من ذلك ، ومثاله ان يثبتوا اسم الميراث على المحل وان يمتنعوا على اتباع الطرق والتقاليد التى كان يتبعها الميراث نفسه ، اما اذا كان الامر بخلاف ذلك كما لو كان اسم الميراث غير متفق مع اسم الميراث او كان متفقا معه ولكن حصى على البيع او الوفاة وقت

(١) انوار سلطان من ٢٧٢ - السنهورى ج ٤ من ٦٢٧ -

(٢) الهلالي وسامه زكي من ٣٤٠ - السامى من ١٢٨ - المصراف من ١٩٢ - فني صيون طه من ٧٧٧٤

لجويل بحيث أصبح موروهم نسيا منسيا فلا يجوز منهم في هذه الحالة من فاعلي
المطالبة (١٦) -

والبائع يلتزم بالامتناع عن التعرض للمال ولو كان العمل للكون لهـ
للتعرض ليس في ذاته خطئا ولا تنافي فيه شروط العمل الصادر . بل يعتبر
تملا من الاموال التي لو صدرت من غير البائع لما اجازت للمشتري الرجوع
على فاعليها بشيء . ومثال ذلك هو بائع محل التجارة . اذا انه لا يجوز له ان
يعتق محلا آخر مماثل للمحل المباع في نفس الجهة لان ذلك يعتبر تعرضا في حين
ان هذا العمل يعتبر عملا مشروعاً اذا صدر من شخص آخر غير البائع

والسبب في ذلك هو ان مركز البائع يختلف في هذا الصدد عن مركز الغير
فالبائع بائراة عقد البيع قد التزم بان ينقل الى المشتري مزايا ملكية للمبيع
والامتناع به . فصار ملزما بان لايقرب بطله حقا الا لطاع على للمشتري (١٧) -

لعبا التعرض القانوني فهو التعرض الذي يصدر من البائع استنادا الى
حق قانوني . يدعيه على المبيع في مواجهة المشتري كما لو تبين ان البائع لم يكن
مالكا للمبيع وقت صدور البيع منه . ثم اكتسب الملكية بعد العقد . بان المشتري
المبيع من مالكة الحقيقي او ورثة منه او وطيح به عليه المدة للكسبة للحق فحسب
جنب الحالات لايجوز للبائع مطالبة المشتري بالمبيع . لان ذلك يعتبر تعرضا
فانونيا عنه للمشتري واختلافا بالتزام الضمان الذي التزم به بموجب عقد البيع .
فلا تقبل دعواه لان من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض .

ويجب هنا . التمييز بين التعرض القانوني وبين ما يقوم به البائع استنادا الى
القانون او الى عقد البيع ذاته . فطلب البائع العقار المباع بالصفحة لايتبرر
تعرضا عنه للمشتري . لانه انما يستعمل في هذه الحالة سقا خروا له في

(١٦) نقلا عن : الهلائي وحامد زكي من ٢٢٠ هامش (٢) -

(١٧) سليمان مرقس من ٢٨٢ . شنب من ١٦٩ -

القانون . ولذلك فلا مسؤولية عليه - وكذلك المحكم في حالة طلب البائع
تقضى البيع بسبب الإكراه أو الغلط المبذول من إرادته وقسمت أضرار
المعد . لأنه إنما يستعمل هنا صيغة من عقد البيع ذاته (١) .

والالتزام الناتج بالضمان غير قابل للقسمة حتى ولو كان المبيع قابلاً للقسمة .
ويترتب على ذلك أنه إذا باع الشركاء الدار المملوكة لهم على وجه الشيوخ ،
وظهر بعد ذلك أن أحدهم هو الذي يملك الدار بوجهه وأن الآخرين لا يملكونها ،
فإن الأول يبقى ملتزماً بعلم التعرض في كل الدار ولا يستطيع استرداد النصيب
الذي يبيعه . ولكن له الرجوع على الأشخاص الآخرين الذين ظهروا أنهم ليسوا
شركاء له في المال المبيع (٢) .

وللمشتري . ■ كان التعرض مادياً . أن يطالب بوقف وإزالة كل من ترتب
عليه من أضرار . وللحكمة في سبيل وقف التعرض ومنع البائع من التعاضد في
البيع إلى فرض الضمانات التهديدية عليه كما للمشتري المطالبة بالتعويض عما
أصابه من ضرر بسبب التعرض المأمول .

لما إذا كان التعرض الواقع تعرضاً قانونياً . فليست في هذه الحالة
المطالبة بعدم صريان بعض التصرفات القانونية في إرجعته . أو المطالبة برفع
الدعوى إذا كان التعرض القانوني الصادر قد اتخذ هذا الشكل . فمثلاً إذا كان
البائع قد باع عينا لا يملكها وقت البيع ثم اكتسب الملكية بعد ذلك . فرفع
الدعوى لاسترداد البيع . فيمكن للمشتري في هذه الحالة رد الدعوى استناداً إلى
القاعدة القانونية التي تقضي بأن (من واجب عليه ضمان ما يبيع عليه التعرض) .
أو استناداً إلى القاعدة الفائلة بأن (من سعى في نقض ما تم من جهله فسعه من دود
عليه) .

وللمشتري المطالبة بفسخ عقد البيع لاختلال البائع بالتزامه بعدم التعرض .
كما له المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة (٣) .

(١) السليوي ج ٤ ص ٢٢٤ - سليمان مرقس ص ٢٨٩ . غني مسون طبعه
ص ٢٧٦

(٢) مرقس وأطام ص ٢٠٠ . فطيم ص ١٧٢ . غني حسن طه ص ٢٧٧ . الصراف
ص ١٩١ . النامري ص ١٢٩ .

(٣) النامري ص ١٢٩

٢٠ ضمان التعرض الصادر عن الغير

يلتزم البائع ، إضافة الى عدم التعرض الشخصي ، بتفخ التعرض القانوني الصادر من الغير أيضا - فالبائع لا يمسك عن التعرض المادي الذي يصدر عن الغير حتى ولو ترتب عليه خروج المبيع من يد المشتري ، لان دفع هذا النوع من التعرض يكون من شأن المشتري الذي له ان يدفعه بكافة الوسائل المقررة في القانون لحماية حق الملكية وحياسة الاموال .

وبشروط الرجوع للمشتري بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير نوضح الشروط التالية :-

١- ان يكون التعرض تعرضا قانونيا لا مادي ، لان البائع ، كما بينا ، لا يضمن سوى التعرض القانوني الصادر من الغير .

والتعرض القانوني من الغير قد يحصل اذا قام شخص دعوى يدعي فيها انه لملك الحقيقي لكل المبيع او لجزء منه ، او ان له حق انتفاع او ارتفاق عليه ، وكذلك يعتبر الادعاء بحق شخصي على المبيع تعرضا قانونيا ايضا ، كما لو ادعى الغير انه مستأجر للمبيع من البائع وان ايجاره يخفد بحق المشتري لثبوته تاريخه قبل البيع .

ويكفي لوقوع التعرض القانوني مجرد الادعاء بالحق ، سواء اكان حبا الحق موجودا او لا وجود له ، سواء اكان السند الذي يستند اليه الغير قس دعواه صحيحا او باطلا (١) .

وبان يثبت الحق للغير على المبيع قبل البيع ، سواء اكان قد ترتب بفعل البائع ، او كان قد ترتب بسببه اجنبي .

وفترتب على ذلك ان للمشتري الرجوع على البائع بالضمان اذا كان الحق الذي يدعيه الغير على المبيع هو حق رهن على المبيع كان البائع قد رتبه على المبيع لبل بيعه ، او اذا كان الحق الذي يدعيه الغير هو حق اكتساب ملكية المبيع قبل البيع باقتحام .

(١) الصنعوى ج ٤ ص ٦٤٦ .



الا ان البائع لا يسأل عن التعرض للقانوني الصادر من الغير اذا كان الغير
مستند في تعرضه على حق لاحق لمقد البيع - كما لو اكتسب الغير ملكية العين
المبيعة بالتقادم بعد البيع حتى ولو كانت مدة التقادم بدأت بالسريان قبيل
البيع بما علم للمشتري الوقت الكافي لاتخاذ اللازم لقطع التقادم (٢/٥٠ مدني).

وتستلني من الحكم الأخير حالة واحدة هي حالة ما اذا كان البائع هو الذي
تسبب في قيام حق الغير على البيع ، اذ ان البائع يسأل عن ضمان التعرض
القانوني من الغير في هذه الحالة حتى ولو كان الغير مستند في تعرضه على
سبب قانوني لاحق على البيع - فمثلا اذا قام بائع المتعوق ببيع ثاوية لثي مشتري
اخر سلم المبيع فعلا وتمسك بقاعدة التباينة في المثلول منه الملكية - فسلان
للمشتري الاول الرجوع على البائع بالفسان ولو كان حق المشتري الثاني لاحقا
لعقد البيع الاول الا ان البائع هو الذي تسبب في قيام هذا الحق .

ج - ان يتعرض الغير فعلا للمشتري . فمجرد ظهور حق على المبيع للغير .
كظهور البيع مرهونا للغير ، لا يسوغ للمشتري الرجوع على البائع بالضممان .
لاحتمال عدم وقوع التعرض فعلا ، اذ قد يقوم البائع بطلب الرهن ، او لاحتمال عدم
تعرض المدين المرتهن للمشتري فعلا .

فلذا توافرت الشروط اعلاه فام يلتزم البائع بضمان التعرض القانوني الصادر
من الغير .

واللتزم البائع هذا التزام بنتيجة لا التزام بوسيلة . وعفا ذلك ان البائع يعتبر
معتلا بالتزامه بالضمان بمجرد ان يكسب الغير دعواه ، حتى لو كان قد يفل
العصر جهده في دفع التعرض فلم يوفق في ذلك (١/٩) .

(١) مرقس ص ٢٨٦ - فني حسون طه ص ٢٧٨ - المايزي ص ١٢٠

٢ - ضمان الاستحقاق من حين

للمشتري الرجوع على البائع بضمن الاستحقاق ، لذا تعرض الغير للمشتري على التوجه المبين في الفقرات السابقة ، وانفق البائع في دفع هذا التعرض ، فإن حكم لهذا الغير بشبوت الحق الذي يريده ولا حاجة للنص على هذا الضمان في العقد لأنه مفروض بحكم القانون (١)

والاستحقاق يتحقق إذا حرم المشتري فعلا من حق الحقوق ، فبأنه على المبيع ، كما لو ظهر أن البيع مملوك لمصلحة آخر غير البائع كلاً أو جزءاً ، أو ظهر أن هناك بعض الحقوق كانت قد قرّبت على المبيع قبل البيع ، وكذلك الحكم إذا صدر حكم نهائي بالاستحقاق ثم اتفق المشتري مع المشتري على ترك المبيع للأخير بموضع ، لأن ذلك يعتبر شراء للمبيع من المشتري (٢٠٢ م مدني) هذا وإذا كان الأصل هو إمكانية الرجوع على البائع بضمن الاستحقاق إلا أن هناك حالات يستتبع فيها رجوع المشتري على البائع كما يجب أن تبحث عنها الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية ، لذلك نقول أدناه على النحو التالي :

(أ) مدى التزام البائع بالضمان :

يبرز المشرع في هذا الصدد بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي للمبيع

أولاً - الاستحقاق الكلي :

إن مدى شأن البائع للاستحقاق الكلي يختلف باختلاف ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية (٢٠٢ م مدني) :

البائع حسن النية : يعتبر البائع حسن النية إذا كان لا يعلم بالاستحقاق المبيع وقت البيع .

(١) قرار محكمة التمييز ١٩٩٤ / مدنية ثانية / ٩٧٥ في ١٥ / ٩ / ١٩٧٦ ، مجلس
الإحكام المدنية ، السنة الثمانية عشرة العدد الأول / ١٩٨٠ من ١٠ ، ١١ .

والبائع في حالة الحالة يلتزم بمرتبة التمس إلى المشتري سواء زادت قيمة المبيع
أو نقصت في الفترة ما بين إبرام البيع واستحقاق المبيع ، وسواء سجلت الزيادة
أو النقصان بفعل المشتري ، أو بفعل سائر من غير المشتري ، أو حصلت بسببه
ارتفاع الأسعار أو انخفاضها .

والمجيز بالذكر هو أنه كان الأول بالمرح الصراحي أن يفرد تمويل المشتري
بقيمة المبيع وقت الاستحقاق لا بقيمة المساء في العقد ، ذلك لأن إعلان ارتفاع
القد يختلف عن حالة استحقاق المبيع - ففي الحالة الأولى لا يكون التمويل الذي
يلتزم به البائع على أساس نفسه البيع لأن إعلان البيع أو قمحه يفترض زوال
البيع - أما في الحالة الثانية فإن البيع يظل قائما ، لذلك فالتعويض السفي
يستطه المشتري بمرتبة تنفيذ مقابل بعد أن استحال على البائع تنفيذ التزائه
فإنه .

فالقد في حالة الاستحقاق هو مصدر التعويض وعلى هذا الأساس فبيان
تمويل المشتري يجب أن يتم على أساس حرمانه من البيع ، أي على أساس قيمة
البيع وقت الاستحقاق (١) .

فقررت القانون للمدعي القسري تمويل المشتري على أساس قيمة المبيع وقت
الاستحقاق وذلك بموجب المادة ٤٤٣ من

ومع ذلك للبائع أن يطرح من النسخ ما يصادف المائدة التي تعادلت على المشتري
نتيجة انتفاعه بالمبيع وذلك وفقا لقواعد الكسب دون سبب . فمثلا إذا كان المبيع
أدرا قام المشتري ببيعها وبيع القاضيا ، ثم استحدثت الدار ، كان للبائع أن
يطرح قيمة هذه الانفاص من أصل النسخ (٢) .

ويلتزم البائع حسن النية بأن يرد إلى المشتري قيمة المبيع التي التزم الاخير
بردها إلى المشتري - والمشتري لا يلزم الإبراء ثار المبيع التي قبضها وهو ممي
النية - أما تلك التي قبضها وهو حسن النية فإنه لا يلتزم بردها لا فتنطكها
(١٦٦ ، ١٦٦ م مفسري) .

(١) غني حسن طه من ٢٨٥ و ٢٨٦ ، العامري من ١٣٧ ، تارن ، حسن طرية
المشتري .

(٢) العامري من ١٣٧ ، غني حسن طه من ٢٨٦ .

وعلى البائع أن يرد المصروفات النافعة التي أنفقها المشتري على المبيع
كالمصروفات التي أنفقت لاستصلاح الأرض الزراعية المبيعة أو لبنه طابق جديد
على الدار المبيعة . أما المصروفات الكمالية فإن البائع لا يلتزم بها إلا إذا كان
سواء النية كما سنبين .

إلا أنه ليس للمشتري الرجوع على البائع بالمصاريف الضرورية التي أنفقها
على المبيع ، وإنما له مطالبة المشتري بها (١١٦٧ م مدني) .

ويلتزم البائع ، العناية لا تقسم ، يرد كل المصروفات التي أنفقها المشتري في
دعوى الاستحقاق التي أقيمت عليه من قبل الغير ، أو في دعوى الضمان . إلا أنه
يمنع عليه الرجوع على البائع بالمصاريف التي كان بإمكان تجنبها لولا لسوء
إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب .

البائع ساء النية :

إذا كان البائع ساء النية فإنه يلتزم إضافة لمصاريف التعويض المتقدمة بأن
يغطي للمستوى الزيادة الأصلية في قيمة المبيع في الفترة الواقعة بين إبرام
المبيع واستحقاق المبيع للغير . سواء حصلت الزيادة قبل المشتري أو بسبب
ارتفاع الأسعار ويلتزم البائع بأن يرد للمشتري المصاريف الكمالية التي
أنفقها الغير على المبيع . كما للمشتري مطالبة بما لحقه من خسارة أو مفاقمة
من كسب بسبب الاستحقاق .

للمشتري مطالبة البائع بالمصروفات التي ضاعت عليه كمصاريف تحرير
الطلب ورسوم التسجيل ولجرة الدلال وغيرها . كما له مطالبة بما لحقه من ربح
فشل إذا كان الثمن الذي دفعه المشتري مودعا في مصرف ويتقاضى عنه المشتري
ثلاثة سنوية معينة . بإمكان المشتري المطالبة بهذه المكائنة .

ثانياً - الاستحقاق الجزئي :

في حالة الاستحقاق الجزئي يكون المشتري مخيراً بين امرين : أولهما تسليم
المبيع يرد المبيع ، وثانيهما استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من
ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي - (٥٥٥ م مدني)

وسم التبريع المصري يختلف من الحكم العراقي ، إذ إن التشريع المصري يميز في الاستحقاق الجزئي بين ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة ، وفي الحالة الأولى يغير المشتري بين الفسخ واستيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض ، بينما لايسوغ للمشتري في الحالة الثانية سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بنتيجة الاستحقاق الجزئي . (٢٤٤ م مدني مصري) .

ب - الضمان في البيوع المتعاقبة والبيوع الجبرية :

احكام الاستحقاق أعلاه تطبق في حالة وجود بضع بيع واحد . ولكن ما لحكم في البيوع المتعاقبة ؟

تنص المادة ٥٥٢ من القانون المدني في هذا الصدد على أنه (إذا استحق للمبيع في يد المشتري الاخير وحكم به للمستحق . كان هذا حكماً على جميع الباعين ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه) (١) .

ويترتب على الحكم أعلاه أي إذا باع (أ) شيئاً الى (ب) ، ثم باع (ب) شيئاً الى (ج) ، وباع (ج) نفس الشيء الى (د) واستحق تحت يد المشتري الأخير ، فإن لكل واحد منهم الرجوع على بائعه بالضمان ، أي ان :

(١) لـ (د) الرجوع بشئ الاستحقاق على (ج)

(٢) لـ (ج) الرجوع بضمان الاستحقاق على (ب)

(٣) لـ (ب) الرجوع بضمان الاستحقاق على (أ)

ولكن ليس لـ (ج) الرجوع على (ب) ما لم يرجع عليه (د) . كما ليس لـ (د) الرجوع على (أ) مباشرة ، بل له الرجوع عليه عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها . وفي هذه الحالة يتعرض لمزاحمة دائتي مدينة ، لأن الثالثة التي تحصل بنتيجة هذه الدعوى تصل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع الدائنين (٢٦٢ م مدني) .

(١) قرار محكمة التمييز ٤٧٤ / استئنائية / ١٨٥ - ١٨٦ في ١٨/٣/١٩٨٧
المشاهدي ، ص ٩١ .

وبمع ذلك يذهب بعض الفراح الى اعطاء المشتري الاخير حق الفسخ المباشر باسمه الخاص على اي من الباعة السابقين استناداً الى حق البائع له في الرجوع على من باع الشيء له : يدعي ان هذا الحق في الفسخ ينتقل مع البيع من مشتري لآخر باعتباره من المشتريين ، اللازمة لانقضاء به دون حاجة الى النص عليه صراحة في العقد (١) .

ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي في التفسير العراقي نظراً لصراحة المادة ٥٥٢ التي تنص على انه (.....) ولكن ان يرجع على البائع بالفسخ ولكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه للمشتري منه (٢) .

ويلاحظ ان الفراح على خلاف قول مدني لمكانية ثبوت احكام ضمان الاستحقاق في البيع الجبرية . فطريق منهم يذهب الى عدم ثبوت الضمان في البيع الجبري ، لان البيع لا يتم بإرادة البائع وإنما يتم بناء على حكم من المحكمة والاضمان على الحاكم .

وقد كان لمشروع الاول للقانون المدني العراقي يأخذ بهذا الرأي فسمى المادة ١٢٩ منه .

والرأي الرابع فقهاء وقضاة يذهب الى ان البائع ضمن الاستحقاق في البيع الجبرية ايضا ، لان من الثابت ان المشتري بالزاد لم يحرمه القانون الا من الرجوع بضمان المبيع الضحية : فلذا باع المالكون اموال مديد م من طريق الزائدة نقداً عن هذا المبيع التزام بضمان الترخيص ، وهذا الالتزام يتعلق بلعبة البائع لا بضمان الدائنين الذين طلبوا بيعه فلال .

ويجوز على ما تقدم انه اذا باع المدين غير مملوكة لهينة عن طريق الزائدة ونزعت المدين من وساء عليه للزامه فان للمشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما له الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن في حالة كون المدين مصراً ، وذلك في الدائنين التاليين :-

- (١) السهرودي ج ٤ ص ٦٥٦ . مرقس وليم قه ٢-٢ . الذنون ص ٢٤٧
- (٢) علي حسن طه ص ٢٩٥ . المامري ص ١٤٢ . قانون قانون ص ٢١٣ .

أولاً - إذا أثبت المشتري أن الدائن كان يعلم أن العين غير مملوكة له بجهة، لا سيما إذا كان المدين قد نبهوه إلى ذلك أو كان ينبغي أن يعلم بذلك .

ثانياً - إذا عجز المشتري عن إثبات ما جاء في الفقرة (أ) فلا يمكن أن يعتبر في هذه الحالة بهما ملك الغير ، فلذا تقضى المالك الحقيقي البيع بالتزاع المبيع من المشتري ، جارٍ للاخير الرجوع على الدائن الذي حصل على الثمن بدعوى الأثر بلا مس (٢١) .

§ - حالات لا يجوز للمشتري الرجوع فيها على البائع بالمعطل :

إن الأصل وإن كان يقضى بمسؤولية البائع من استحقاق المبيع ، إلا أن هناك أسراراً يصدر فيها على المشتري الرجوع على البائع بشأن الاستحقاق وعلى ما يلي :-

أولاً - إذا ثبت استحقاق الغير للمبيع إما بإقرار المشتري أو بتكوله عن المبيع ، إلا إذا كان المشتري حسن النية وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت للأثر ردعاً للدخول معه في الدعوى فلم يقبل .

ثانياً - إذا ثبت البائع بعد الحكم للغير بالاستحقاق استثناءً إلى الوارث المشتري الحسن النية أو تكوله أن المستحق لم يكن على حق في دعوته بالاستحقاق وقد نصت المادة ٥٥٩ من القانون المدني على الحالتين السابقتين .

ثالثاً - إذا لم يتم المشتري بإعذار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت للأثر ولم يدمه تلبسول منه في الدعوى وبمجرد عليه حكم حاز حجية القسبي ، (يقضى به لأنه يكون قد غوت على البائع فرصة تدخله في الدعوى لتدفعها .

وأخيراً - إذا سلم المشتري للغير بحقه في الاستحقاق قبل أن يرفع الدعوى ، ولو لم يثبت البائع أن المعارض لم يكن على حق في دعوته (٢١) .

(١) السنهوري ج ٢ ص ٦٥٨ - مرقس وإمام ف ٢٠٢ - العامري ص ١٣٢ - غني حسنون طه ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٢) العامري ص ١٢٥ - غني حسنون طه ص ٢٨٢ .

هذه من الحالات التي ينتج فيها على المشتري الرجوع على البائع بضمان
الامتثال، أما فيما عدا هذه الحالات فالمشتري الرجوع على البائع بالضمان
وفقا للتواعد المبينة في الفقرة السابقة .

٣ - تعديل أحكام ضمان التعرض والاستحقاق

أن أحكام الضمان إلكتروني التي بحثناها في الفقرات السابقة ليست مبنية
النظام العام، لذلك يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفا، سواء عن
طريق تشييد هذا الضمان أو تخفيفه أو استغائه - (٥٥٦ م مدني) .

١ - تشييد الضمان : يجوز للمتعاقدين، كما أصلنا، تشييد الضمان
إلكتروني، على أن يذكر شرط التشييد بشكل دقيق والفاظ صريحة . يعتبر
تشديد الضمان ما يرد في العقد من عبارات غاية تؤكد ضمان البائع، كما لو ذكر
في العقد أن البائع يضمن جميع ما يحصل للمشتري من الغشطات وموانع
الانتفاع .

ألا أنه ينبغي أخذ الشرط بنظر الاعتبار إذا ودد بشكل صريح ومحدد في
العقد كما هو مشروط على البائع في العقد ضمانه لجميع المحروقات الكمالية حتى
ولو كان حسن النية، أو لشرط عليه ضمان التعرض للقاذ الذي قد يصدر
من الغير .

٢ - تخفيف الضمان كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشييد الضمان يجوز
كذلك إما الاتفاق على تخفيف هذا الضمان فمثلا للبائع أن يشترط طمس
المشتري عدم ضمانه ما عسى أن يظهر في المبيع من حقوق الارتفاق خطية لا يطمح
بها البائع، أو أنه يشترط عليه ألا يرجع عليه إلا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق
إذا كانت هذه القيمة أقل من النسيء الذي يبيع به . أو أن يشترط عليه ألا
يرجع عليه بالمحروقات الثابتة .

ويجب أن يكون شرط تخفيف الضمان واضحا وصريحا في العقد . ولكن
يلتزم أن الفقرة الثانية من المادة ٥٥٦ من القانون المدني تقدر حكما خامسا

بالنسبة لطرق الإثبات . حيث تفرد بأنه «ويقتضي في حق الإطلاق أن البائع
قد اشترط عدم الضمان» إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أمان منه
للمشتري^(١) .

فلم المشتري بحق الإطلاق قائم على البيع . بعد بمثابة اشتراط البائع إطلاعه
نفسه من الضمان . . .

جـ - استلزام الضمان : وللبائع أن يشترط في العقد على المشتري ألا يضمن
المتروك ولا الاستحقاق على الإطلاق وفي كل الأحوال^(٢) .

وشروط استلزام الضمان يكون مستعيراً ومعتجلاً لا تفرقه في إعطاء البائع مسكن
الضمان إلا إذا كان البائع قد أخفى سبب الاستحقاق عمداً عن المشتري . أو إذا
تسببه بفعله في الاستحقاق . (٣/٥٥٢ و ١/٥٥٧ م مدني)

لما إذا تسبقت المبيع بقدر الغير . فيعتبر شرط عدم الضمان صحيحاً
ومعتجلاً لا تفرقه . ولكن مع ذلك يبقى البائع مسؤولاً عن رد ثمن المبيع . (٢٤/٥٥٧ م
مدني)

ويطعن المشرع المصري (وكذلك الفرنسي) البائع من رد الثمن في الحالات

التالية:

أولاً - إذا أثبت البائع بشروط عدم الضمان أن المشتري كان عالماً وقت البيع
بسبب الاستحقاق . إذ لا يلتزم البائع بشيء نحو المشتري إذا استعطق
المبيع . لأن قبول المشتري بشروط عدم الضمان مع علمه وقت إبرام العقد
بسبب الاستحقاق يدل على رغبة المشتري في إعفاء البائع من كل مسؤولية .

ثانياً - إذا اقترن شرط بعدم الضمان باعتراف المشتري بأنه يتحمل وحده
ما قد يترتب على استحقاق المبيع للغير من نتائج (٤٤٦ م مصري و ١٦٢٩ م
فرنسي) .

ولا يوجد حكم مماثل في التشريع العراقي . ولكن الشراح عندنا يقولون بجواز
الاخل به بشرط أن لا يكون البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ذلك
لأن الحكم مدبر البحث يتفق مع القواعد العامة في التشريع العراقي (١) .

(١) السوردي ج ٤ ص ٦٩٦ حاشي (١) . غني حسين طه ص ٣٠٢ . الكورني
ص ٢٩٤

المبحث الثاني

ضمان العيوب الخفية

ونظم المشرع العراقي احكام ضمان العيوب الخفية في المادتين ٥٥٨ الى ٥٧٠ من التشريع المدني العراقي . ومعلم هذه الاحكام مستمد من الفقه الاسلامي .
وعنه للكلام عن ضمان العيوب الخفية منطوقه الى احكام الضمان القانوني والضمان الاتفاقي ثم تميز بين ضمان العيوب الخفية والغلط .

١ - احكام الضمان القانوني

بحث احكام الضمان القانوني يقتضي الكلام عن شروط العيب الموجب للضمان واحكامه ، فان العيب الخفية وسلطاته .

أ - شروط كسب التوجب للضمان :

ان شروط العيب الموجب للضمان حسب المادتين ٥٥٨ و٥٥٩ مدني هي الشروط التالية :-

أولاً - ان يكون العيب خفياً : والعيب لما ظاهر ولما خفي . والعيب يعتبر ظاهراً اذا كان بادياً للعيان ، او كان غير باني ولكن يسهل على المشتري اكتشافه اذا فحص المبيع بما ينبغي من العناية .

كما يجب لاعتبار العيب خفياً ان لا يكون المشتري عالماً بوجوده وقت البيع ولا اعتبر العيب ظاهراً وانتج على المشتري الرجوع على البائع بالضمائم لان إقناع المشتري على شراء المبيع مع علمه بوجود العيب يعتبر دليلاً على أنه قد راعى وجود هذا العيب عند تخطيطه الشراء ، او انه اعتبره عيباً غير مؤثراً في قيمة المبيع او نفعه (١) .

والتيك علم المشتري بالعيب يعتبر ثباتاً لواقعة مادية - ولذلك يجوز للبائع ان يثبتته بجميع طرق الاثبات (٢) .

(١) اشنب ف ١٧٧ - غني حنون (١) ص ٣٠٦ .

(٢) غني حنون ف ٣٠٦ .

واشترط خفاء العيب هو في محل المصطفى . أما البائع فإنه يضمن الخسار
الخاص سواء كان علما بوجوده أم لم يكن .

والعيب يعتبر خفيا ، إذا تعلمه المشتري أن يكلفه ولو بذل في فحصه
عناية الرجل المعتاد . أما إذا كان باستطاعة المشتري كشف العيب بفحص المبيع
بالعناية المطلوبة ، فالعيب يعتبر عيبا ظاهريا لا خفيا في هذه الحالة .

وعناية الرجل المعتاد قد تتطلب أحيانا الاستعانة بخبير . أمثلا إذا كان
المشتري شخصا ليست له خبرة في أمور البائعي ، فطية الاستعانة بخبير من
المهندسين لفحص المبيع ، فإذا اكتفى بفحصه شخصا ، اعتنع عليه الرجوع
على البائع بشأن ما قد يظهر من عيوب فيه ، لأن هذه العيوب تعتبر ظاهرة
في هذه الحالة طالما كان بالإمكان اكتشافها بهذه عناية الرجل المعتاد الذي
يستترحم في مثل هذه الأحوال برأي أهل الخبرة .

وإذا كان الأصل هو عدم التزام البائع بشأن العيب إذا كان بإمكان المشتري
كشفه بفحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا أن المشرع استثنى من هذا
الأصل المالكين المذكورين في المادة ٥٥٩ من القانون المدني ، حيث
بإمكانه الرجوع على البائع بالتبائن (إذا ثبت المشتري أن البائع له أكد له
خلو المبيع من العيب وأنه لم يتم بفحص المبيع بما ينبغي من العناية اعتيادا على
هذا التأكيد . أو إذا ثبت أن البائع قد تعدى إخفاء العيب عنه كما لو كان لشخص
أخر مكتسوة لسيارة ومحتجها بطلان بقصد إخفاء عيبها لئلا يباعها على أنها سليمة .
فالعيب في هذه الحالة يعتبر خفيا ويضمنه البائع ولو كان بإمكان المشتري كشفه
لو بذل عناية الرجل المعتاد في فحصه .

سـ ٢١١ - فن يكون العيب مؤثرا :

والعيب المؤثر هو (ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما
يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عذمة) (٥٥٨ / ٢ م مدني) .
فالتمييز المقرر للتمييز بين العيب المؤثر والعيب غير المؤثر معيار حاد يقتضيه
يعتبر العيب مؤثرا إذا كان من شأنه أن ينقص قيمة المبيع أو أن - يفوت غرضا
صحيحا منه .

والجدير بالذكر هو ان نقصان قيمة المبيع وفوات العرض الصحيح منه امران متميزان فالعيب قد ينقص قيمة المبيع ولكن دون ان يفوت عرضا صحيحا منه . كما لو اشترى شخص سيارة سالمة لجميع الاغراض المقصودة ولكن ظهر فيها عيب خطي في المقاعد يزيد الى نقص قيمتها . كما ان العيب قد يفوت عرضا صحيحا ولكن دون ان ينقص قيمة المبيع ، كما لو كان المبيع آلة ميكانيكية لا عيب خفي يجعلها غير سالمة لبعض الاغراض ولكنها مع ذلك تبقى محتلفة بقيمتها العادية وقد كان هذا مبروفا لا قدا قسما .

الا ان البائع لا يلتزم بالتضامن اذا لم يود العيب فليرجود في المبيع الذي نقص قيمته في السوق او الى فوات عرض صحيح ، لان العيب يعتبر قائما يجب عدم الاعتماد به ، كما لو كان هناك خدش خفيف في هيكل السيارة .

كما ان البائع لا يلتزم بالتضامن اذا كان العيب مما جرى العرف على التسامح فيه .

ثالثا - ان يكون العيب قديما : والعيب يعتبر قديما اذا وجد في المبيع وقت التعاقد او طرأ عليه بعد العقد وقبل التسليم . كما ان العيب يعتبر قديما اذا كان مسببه قائما في المبيع بعد البيع وقبل التسليم حتى ولو لم يتم او يظهر الا بعد التسليم . ففي بيع الاختساب يكفي ان يكون التسليم قد داخلها قبل التسليم ولو لم يظهر وينتشر الا بعد التسليم ، الا يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في هذه الحالة لان اصل العيب قد نفا قبل التسليم وان كان اثره قد ظهر بعد ذلك .

رابعا - ان يكون البيع كالتسليم ينتش فيها ضمان البائع للعيوب الخفية -

الملاحظ ان معظم الشراخ يعتبرون حالة البيع التي تتم بطريق المزاد العلني من قبل الجهات القضائية او الادارية ضمن الاعمال التي يستقط فيها ضمان البائع للعيوب الخفية ، مع ان هذا الضمان لا ينشأ أصلا في هذه البيوع ولذلك نرجع تحت الحالة مدار البحث ضمن شروط العيب الموجب للضمان .

ولقد نصت المادة ٥٦٩ من القانون المدني في هذا الصدد على أنه (لا يسمح دعوى ضمان المبيع فيما يبيع بمعرفة المحكمة أو للجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية).

والسنة في ذلك هو أن هذه البيوع تسبقها إجراءات طويلة تحتاج خلالها الفرصة للمزايدين لحصر المبيع قبل الاندماج على شرائه. كما أن المشرع أراد بذلك ضمان الاستقرار لهذه البيوع والميلولة دون انعاق إجراءاتها ومصادرها (١).

ألا إن الجدير بالذكر هو أن حكم المادة ٥٦٩ أعلاه لا ينسوز إذا كان البيع بالمزاد العلني اختياريا. وكذلك فالبائع يظل ملزما بضمان المبيع لتفنيته في هذه البيوع (٢).

ويرى بعض الفقهاء في فرنسا ومصر أن الحكم مذهب المبحث لا يطبق إلا إذا كان تمثل للمحكمة في البيع حشيا كما هو الحال في بيع أموال المدين المجهور عليه أما إذا كان تمثله عرضيا أو اختياريا بناء على دعوة أطراف النزاع فللمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالضمان - فضلا إذا رفضت دعوى التقسمة عن طريق إزالة الشيوع من قبل الشركاء كاملي الأهلية وبيع المال الشائع - للمشتري الرجوع بضمان المبيع الخطية على البائعين (٣).

ولا يمكن إلاخذ بهذا الرأي نظرا لحكم المادة ٥٦٩ من القانون المدني الذي يمنع سماع دعوى الضمان في البيوع التي تتم بالمزاد بمعرفة المحكمة أو للجهات الحكومية. سواء أكان هذا التمثيل حشيا أو عرضيا (٤).

(١) قرار محكمة التمييز ٢٥٩٨ / مدينة ثانية وثالثة / ٩٧٥ / ٨ / ٩ / ٧٦ مجلة الأحكام العدلية - السنة الثانية عشر ، العدد الأول ١٩٨٠ ص ١٩ وكذلك مراجع مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المصري ج ٤ ص ١٦٩ .

(٢) غني حنون طه ص ٣١٢ .

(٣) السنهوري ج ٤ ص ٣٧١ .

(٤) غني حنون ص ٣٦٦ و ٣١٢ .

ب - أحكام ضمان العيوب الخفية :

يجب الرجوع المشتري بالضمان على البائع أن يتخذ إلى فحص المبيع ، وإن يحظر البائع بما يكتشف فيه من عيوب ، فإذا ما قام المشتري بهذا الواجب احتفظ بحقه في الضمان وكان له بعد ذلك أن يرجع على البائع سعوى الضمان ، لذلك يستندون أدلاء هذين الأمرين -

أولا - فحص البيع واختار البائع بالتعيب :

على المشتري بعد تسلمه المبيع تسليما لمعليا المبصرة إلى فحص المبيع بمثابة الرجل المعتاد بمجرد سكنه من ذلك ، فهو لا يلتزم بفحص المبيع فور تسلمه ، بل عليه إجراء هذا الفحص خلال المهلة المعتادة وفقا للمألوف في التعامل ، فمثلا إذا كان المبيع سيارة وتسليمها للمشتري فإن المشتري لا يعتبر قابلا بها بمجرد تسلمه لها ، بل لابد من مرور مدة معقولة تنضى بها ظروف التعاقد أو يرى بها العرف (٥٦٠ م مدني).

وعلى المشتري اختيار البائع بالتعيب بمجرد كشفه ودون تأخير ، والسبب في ذلك هو أن التأخر في اعلام البائع بالتعيب قد يجعل معرفة منشأ التعيب ووقت حدوثه أمرا متعذرا ، أو يجعل إثبات التعيب صعبا مما قد يسبب ألحق بسبب منازعات وعدم استقرار التعامل (٥٦١) .

والإخطار يجوز أن يتم بانتاز رسمي أو برسالة بالبريد المسجل أو العادي أو مشافهة ، لأن القانون لم يحدد شكلا خاصا به .

أما عبء اثبات وقوع الإخطار فيقع على عاتق المشتري ، الفى له اثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأنه ثبت واقعة مادية (٥٦٢) .

ومن المشتري في الرجوع على البائع بالضمان يستط إذا حصل هو في نفس المبيع أو في لشطار البائع بالتعيب الذي كشفه خلال المهلة المقررة إلا إذا كان

(١) السجودي ج ١ ص ٧٣٥ .

(٢) السجودي ج ١ ص ٧٣٧ - مرقس ص ٤٢٠ - غني حنون ط ٣١٣ و ٣١٤ - العامري ص ١٥٠ .

البائع يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاء عن المشتري غشاً منه حيث يكون للمشتري في الحالة الأخيرة الرجوع على البائع بالتقصان حتى ولو لم يخصص المبيع أو قسمه ولكنه أسلف في انتظار البائع بالعيب .

ثانياً - دعوى ضمان العيوب الخفية : للمشتري الرجوع بالتقصان على البائع إذا تحققت شروط العيب . بموجب التقصان وانظر من البائع خلال المهلة المقررة .

وحسب الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ من القانون المدني يكون للمشتري سعيه بين فسخ العقد ورد المبيع أو قبول المبيع بكل الثمن المتصور .

لما اشترع المصري فإنه يسير في هذا الصدد ، بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم .

وفي الحالة الأولى يخير المشتري بين الفسخ ورد المبيع ومطالبة البائع بالتعويض وفقاً لأحكام الاستعاضة الكلية ، أو استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وجود العيب في المبيع . أما في الحالة الثانية فلا يسوغ للمشتري سوى المطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب العيب غير الجسيم (١٥٠ م مدني مصري) .

ألا إن حكم الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ لا يمنع المشتري من المطالبة بالتنفيذ المبني وفقاً للتزامه العامة ، والتنفيذ المبني هذا يجوز أن يتم بإصلاح العيب أو استبدال المبيع المعيب بغيره على نفقة البائع إذا كان ذلك ممكناً (١) . أما إذا تعذر إصلاح المبيع أو إبداله فالمشتري في هذه الحالة الخيار بين طلب الفسخ وإغلاص الثمن .

وإذا كان المبيع عبارة عن أشياء بيعت صفقة واحدة ، وظهر عيب في بعضها دون البعض الآخر ، وكان بالإمكان تفريق الصفقة دون ضرر للمشتري رد القسم المبيع مع مطالبة البائع بما يتطلبه ، ولا يجوز له رد كل المبيع دون موازنة البائع . أما إذا تعذر تفريق الصفقة دون ضرر ، فيكون للمشتري سعيه بين فسخ البيع ورد المبيع أو قبوله بكل الثمن المتصور (٥٦١ م مدني) .

(١) الهادي وحامد ذكرى ص ١٠٢ . السنهوري ج ٤ ص ٣٧٤ .

مرتس ص ٣٢٦ - الذنون ص ٢٤٤ - غني حصون طه ص ٣٦٦ .

وبلا شك ان المشرع قد نص على الحالات التي يمنع على المشتري فسخ البيع
وتقتصر حقه فيها على المطالبة بنقصان الثمن . وهذه الحالات هي ما يلي :

أولاً - حدوث عيب جديد في البيع بعد التسليم . ~~فكأنه لم يفسد من قبل التسليم~~
لا يجوز للمشتري فسخ البيع ورد المبيع إذا حدث عيب جديد في المبيع بعد
التسليم . وإنما يكون له المطالبة بنقصان الثمن ، وإذا زال العيب الحادث ،
يسود الخيار للمشتري فيكون له الرد بخيار العيب في الحالة الأخيرة . أملاً إذا
باع شخص حيواناً آخر ، ففرض عند المشتري ثم لم يطلع على عيب قديم فيه ،
فليس للمشتري رده بالعيب القديم . بل له المطالبة بنقصان الثمن ، ولكن يكون
له فسخ البيع ورد الحيوان إذا زال المرض عنه . (٥٦٢ م مدني)

ثانياً - زيادة شيء من حال المشتري على البيع :

يقتصر حق المشتري على المطالبة بنقصان الثمن إذا كانت الزيادة متصلة
غير متولدة كصبيغ الثوب أو البند . أو كانت الزيادة منفصلة ولكنها متولدة
كالشمر وقفاح الحيوان . والرد يستنع في الحالتين أعلاه حتى ولو رضى البائع
بالعيب الحادث . (٥٦٣ م مدني) وقد منح فقهاء الشريعة الفسخ والرد حتى
ولو رضى البائع ذلك لحصول الربا ، أي يتخوى شيء في ملكه البائع بلا مقابل
واعتبروا هذا المنع من النظام العام ، أي من جهة الشريعة نفسها (١) .

وما إذا كانت الزيادة متصلة ومتولدة من أصل الشيء ، كالسنة ، أو كانت
منفصلة وقبر متولدة كالأجرة ، فإنها لا يستعان الرد .

ثالثاً - هلاك البيع في يد المشتري :

نص المادة ٥٦٤ من القانون المدني على أنه (إذا هلك المبيع المبيع في يده
المشتري فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن) .

الحكم أعلاه يطبق إذا كان الهلاك بقوة ظاهرة أو بسبب عيب جديد أو بفعل
المشتري . ولكن ما الحكم إذا كان الهلاك بفعل البائع أو بسبب العيب القديم ؟

(١) القاضي ج ١ ص ٣٦١ . وكذلك يراجع الهلالي وحامد زكي الهامش (٣)
ص ٢٦١

يرى البعض بأن حق المشتري يقتصر على المطالبة بنقصان الثمن إذا كان الهلاك قد حصل بسبب العيب القديم (١) ، ويلعب اثره الى ان للمشتري التمتع إذا كان الهلاك قد حصل بسبب العيب الخفي او بسبب عارض فبأنه اوقوعاً فاعرفه ويستنتج عليه ذلك في حالة واحدة هي حالة املاكه للبيع بشئله من (٢) .

والرأي الراجح يذهب الى ان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن كاملاً مع المصاريف كما لو كان المبيع قد استحق كلاً بيد المشتري ، وذلك حسب القواعد العامة (٣) . وتبنى محكمة التمييز الرأي الأخير في قرار لها جاء فيه انفسه (٤) اشترط المشتري ارجاع المبيع اذا ظهر عيب قديم فيه في ظرف شهر مسمى الاستلام ثم حلكه ببيع بسبب العيب لديم خلال هذه المدة فيجب على البائع استلام الثمن الى المشتري (٥) .

رابعا - تصرف المشتري بالمبيع قبل اطلاله على العيب .

نص المادة ٦٦٦ من القانون المدني على انه (اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع لم يحصل فيه تصرف الفلك ، سقط خياره) .

ويتطلب على الحكم المتكتم انه اذا باع (١) ، ما اشتراه من (ب) ل (ج) ثم ظهر عيب في المبيع بعد البيع الثاني ، فلا يجوز ل (ج) سوى مطالبة (ب) بنقصان الثمن ، الا اذا رجح عليه (ج) ضمان العيب ذاته ورد البيع اليه (٥) .

كيف يتم تقدير نقصان الثمن ؟

نص المادة ٥٦٥ من القانون المدني على انه (يحدد نقصان الثمن بمعرفة لمراتب الخبرة بأن يقوم بالمقارنة بين الثمينين ضمن التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ويستثنى تلك النسبة يرجع للمشتري على الباقي بالفجاءة) -

(١) - قانون ص ٣٤٨ - الداعي شرح القانون الفجاءة ج ١ ص ١٦٥ - العراف

ص ٢٦٤ العراف ص ١٦٥ غني حسن ص ٣٢٠

(٢) - نقل عن الدكتور غني حسن ص ٣٢٠

(٣) - السهرودي ج ٣ ص ٧٤٨ .

فإذا إذا اشترى شخص ثياباً بمئة دينار ، وبعد أن قطعه ونصف المئحة على عيب قديم فيه ووجد أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب ، ووجد حصل بالخبرة هذا القماش سابقاً باتى عشر ديناراً ، ثم قومه عيباً يتسعة دنانير كان التفاوت بين القيمتين ثلاثة دنانير وهو الربح ، ولذلك فله المشتري الرجوع على البائع بربع الثمن المسمى وهو ديناران ونصف الدينار .

ج - ممتلكات ضمان البائع للميوب الخفية :

يسقط ضمان البائع للميوب الخفية في الحالات التالية ١ -

أولاً - عدم قصد المبيع أو عدم الخطأ البائع بالعيب :

على المشتري - كما أسلفنا - بعد نسله المبيع أن يفحصه خلال المهلة المعنوية وإن يخطر البائع بالعيب بمجرد كشفه ، فإذا لم يفحص المبيع إطلاقاً ، أو لم يبدل في فحصه غاية الرجل المتأد ، أو أنه فحص المبيع على الوجه المطلوب إلا أنه لم يخطر البائع بالعيب بمجرد كشفه ، سقط حقه في الضمان ، إلا إذا كان البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب ، أو إخطأ عنه .

ثانياً - تصرف المشتري بالمبيع بعد إطلاعه على العيب :

للمشتري الرجوع على البائع بتقصان الثمن إذا تصرف بالمبيع قبل إطلاعه على العيب - أما إذا تصرف فيه بعد إطلاعه على العيب فإن حقه في الرجوع على البائع يسقط ، لأن تصرفه هذا يعتبر نزولاً عن حقه في الضمان وقبولاً للمبيع .

ثالثاً - تنازل المشتري عن حقه في الضمان :

إذا أقدم المشتري على شراء حين كان البائع قد أعلمه بوجود عيب فيها ، فلا يجوز له الرجوع على البائع بالضمان بسبب العيب المسمى ، لأن شراء العيبين رغم علمه بوجود العيب يعتبر رضاه منه بالعيب المسمى . إلا أنه له الرجوع على البائع بالضمان بسبب عيب آخر غير العيب المسمى . (١ / ٥٦٧ م مدني) .

رابعاً - اشتراط البائع براءته من كل عيب ار من العيب الموجود له

فإذا اشترط البائع براءته من كل عيب ، فلا يجوز للمشتري الرجوع عليه بسبب جميع كما قد يظهر في البيع من عيوب. سواء ما كان موجوداً منه وقت إبرام العقد أو ما طرأ منها على البيع بعد انعقاد العقد وقبل التسليم - أصلاً إذا اشترط البائع براءته من العيب الموجود في البيع ، فخصاته يستط بالتسليم للعيوب الموجودة في البيع وقت انعقاد العقد فقط ، ويطلق مسؤولاً من العيوب التي قد تطرأ على البيع بعد العقد وقبل التسليم (٢٦٢/٢ م مدني) .

كما ان كل شرط يستط الضمان ينح باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب (٢٦٢/٢ م مدني) .

خامساً - معنى الضمان :

يجب إقامة دعوى الضمان خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تسليم البائع ولا فلا تسمع حتى ولو لم يطلع المشتري على العيب إلا بعد فوات المدة المذكورة أو لم يكتشف المشتري العيب اطلاقاً - (٥٧٠/٢ م مدني) .

والقصور بالتسليم هنا هو التسليم (الحقيقي) لا التسليم المعني ، لأن التسليم الفعلي هو الذي يهيء للمشتري فرصة فحص البائع واكتشاف العيب (١) . إلا ان حكم المادة ٥٧٠ من القانون المعني ليس من النظام العام ولذلك للطرفين الاتفاق على ان يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول من المدة المقررة في المادة المذكورة - كما ان دعوى الضمان لا تسقط بمرور سنة أشهر ، بل بمرور خمس عشر سنة من يوم اكتشاف العيب إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب بفش منه . (٥٧٠/٢ م مدني) .

(١) السجوري ج ١ ص ٧٤٨ العامري ص ١٥٦ غني حنون طبعه ص ٢٢٦ .

٢ - احكام الضمان الاتفاقي

ان احكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام ، ولذلك لم يستقر المقدرع للطرفين المتعاقدين الاتفاق على خلالها بحسن طريق تصديق الضمان او تخفيفه او الاعفاء منه .

١ - تشديد الضمان : المقصود من يشترط على البائع بأن يضمن له جميع العيوب حتى ما كان ظاهرا منها او كان في امكان المقصري اكتشافها اذا هو فحص المبيع بحناية الرجل المعتاد ، كما للطرفين الاتفاق على تحديد المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان من سنة اشهر الى سنة او الاتفاق على ان تبدأ مدة رفع الدعوى من تاريخ كشف العيب لا من تاريخ تسليم المبيع .

٢ - تخفيف الضمان : وللبائع ان يشترط تخفيف الضمان المقرر عليه بموجب القانون وذلك عن طريق الاتفاق مع المشتري على عدم ضمانه فيما عدا ما بالذات كعدم ثبات لون المبيع ، او الاتفاق على تقصير المدة اللازمة لرفع الدعوى من ستة اشهر الى ثلاثة اشهر .

ج - الاعفاء من الضمان : وفيه لا يكفي البائع بتخفيف الضمان ، بل انه يتحسب الى ابعد من ذلك ويتفق مع المشتري ان لا يكون للاخير الحق في الرجوع عليه بالضمان ، كما لو اشترط البائع بزمته من كل عيب موجود بالمبيع .
ويجوز لصحة الاتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه ان لا يكون البائع قد تمسك اخفاء العيب غشا منه ، فمثلا اذا غش البائع ان اخفاء العيوب الموجودة في جدران المنزل المبيع بنقوش ورسوم ثم اشترط عدم ضمانه من كل عيب ، فان دعوى الضمان لا تسقط في هذه الحالة .

(١) غني حيون جلد ٣ ص ٣٢٦ ، الصراف ص ٢٦٦ .

٢٢ - التمييز بين العيب والخلل

من المبدأ ونحن بعد العيوب الخفية ، ان لم يبين دعوى القلم بسبب
العيب الخفي ودعوى [الخلل] بسبب الخلل
ولم يبين الخفي ، كما بينا ، هو ما ينقسم بين المبيع في السوق او عند ارباب
الخبرة او ما يفوت به عرض صحيح اذا كان الخلل في احوال المبيع عمده (٢/٥٥٨)
٢/ حذرها .

امسا للخلل الموجب لبطلان فهو الخلل في اصل الموضوع المختبر في لحد لو
في احد عناصره المادية او احده صفاته الاساسية .

فالمشتري في حالة الخلل يشتري شيئا اخر مخالف للشئ الذي قصد ان
يشتريه . اما في حالة العيب الخفي فهو يشتري الشئ الذي قصد شراءه حقيقة .
ولكنه يتضح له بعد الشراء ان بالمبيع عيبا يجعله غير صالح للاستعمال .

ويترتب على ما تقدم ان من يشتري لوحا من الزجاج للتصوير على انه بريشة
رسام معروف ثم يتضح له انه من ديتارسانم اخر ، يعتبر وانما في الخلل ويكون
له طلبا بطلان العقد لهذا العيب حين ولو كانت الصورة سليمة في ذاتها وليس
فيها عيب على الإطلاق .

اما اذا اتضح ان اللوح من ريشة الرسام المقصود ولكن ألوانه غير ثابتة
كان هذا عيبا يميز للمشتري طلب الفسخ .

وله يجمع الخلل والعيب الخفي في بعض الحالات كحالة ولوح المختص في
خلل في صفة جوهرية من صفات المبيع اما كان تختلف هذه الصفة تؤدي في نفس
الوقت الى جعل المبيع غير صالح للعرض الذي قصد المشتري من الشراء
كمن يشتري سمادا على انه صالح للسياق فيجده على خلاف ذلك - فله
الحالة الاخيرة يكون البيع مرفوفا على اجازة المشتري بسبب الخلل ويكون متعيا

في نفس الوقت لضمان الميوب الخفية ، أي 1 فالمشتري يكون مخيرا بين دعوى الغلط وبين دعوى ضمان الميوب الخفية ، ولكنه ليس له الجمع بينهما . فإذا رجع على البائع بدعوى الغلط فعليه ان يثبت ان البائع كان مشتركاً معه في الغلط . أو كان يعلم او كان من السهل ان يعلم بوقوع المشتري في الغلط . كما ينبغي عليه ان يرفع الدعوى خلال ثلاثة اشهر من وقت انكشاف الغلط . فإذا حكم بنقض العقد اعتبر كأن لم يكن وكان له استرداد الثمن مع المطالبة بالتعويض ان كان له عسر .

أما اذا رجع للمشتري بدعوى ضمان الميوب الخفية ، فلا يطلب منه مسـئـرى اثبات وجود العيب الخفي في البيع ولا يكلف باثبات علم البائع او عدم علمه .
ولاحكام اعلاه تطبق اذا كان البيع قد تم اختياريا . أما اذا كان للمشتري قـد اختـرى المـساـن في المـزاد العلـي الجـري بمعرفة المحكمة ا الإدارة فلا يجوز له الرجوع على البائع بضمان الميوب الخفية في هذه الحالة لأن هذه البيوع لا تنشأ هنا الضمان ولكن للمشتري في هذه الحالة ان يرفع دعوى الغلط .
وحكم البيوع التي تم بالمزاد دون تدخل القضاء و الإدارة كحكم البيوع الاختيارية

القسم الثاني

التزامات المشتري

الفصل الأول

دفع الثمن

عند بحث هذا الالتزام يجب التطرق إلى الأمور التالية .

- ١ - ما يدفعه المشتري للبائع ٢ - زمان ومكان دفع الثمن ٣ - حق المشتري في حبس الثمن ٤ - ضمانات البائع في استيفاء الثمن .

المبحث الأول

ما يندفعه المشتري للبائع

على المشتري أن يدفع الثمن للبائع . كما يلتزم بدفع مصروف الوفاء بالثمن كاجور البريد أو عبولة المصرف وغير ذلك - (٥٧١/م مدني)

والحكم اعلاه . ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات المادة ٣٩٨ من القانون المدني التي تقرر بأن نفقات الوفاء على المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص ينفي ذلك .

والاصل ان المشتري يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه في العقد دون زيادة أو نقصان ، ولكن مع ذلك يمكن أن تنصور بعض الحالات التي يلتزم فيها بدفع ما هو أكثر أو أقل من الثمن المتفق عليه . فمثلاً يجوز إلزام المشتري بدفع مبلغ أكثر من الثمن المتفق عليه في العقد إذا ثبت أنه استغل حاجة البائع أو طيشه أو عدم خبرته أو عواه أو ضعف إدراكه ولحق البائع حسن ثقافته حين فاحش (١٣٥ م مدني) . كما يجوز أن يلتزم بدفع مبلغ أقل من ذلك كما هو الحال عند ظهور المبيع ناقصاً عند التسليم . حيث لا يلتزم المشتري إلا بدفع ما يقابل المصارف الموجودة من المبيع (١) (٢٤٣ و ٢٤٥ م مدني) .

(١) المستورد ج ٤ ص ٧٨٠ هامش (١) مرقس ص ٤٤٩ هامش (٣)

والمصدر من المصعري لا يلتزم بدفع فوائد الثمن إلا في الحالات الاستثنائية التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ٥٧٢ من القانون المدني هي :

١ - وجود اتفاق يقضي بالزام المشتري بدفع فوائد الثمن "من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ تسليم المبيع ، أو من أي تاريخ آخر " .

٢ - اعذار البائع المشتري بوجوب دفع الثمن نظرا لاستحقاقه "حيث تسري الفوائد من تاريخ الاعذار إلى حين وقت دفع الثمن " على أن لا يكون الاعذار قد وقع قبل استحقاق الثمن .

٣ - إذا كان المبيع قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات وتسلم المشتري المبيع ولم يدفع الثمن .

ولا يشترط لاستحقاق الفوائد هنا أن ينتج المبيع هذه الثمرات والإيرادات فعلا، بل يكفي لذلك أن يكون المبيع قابلا بطبيعته لإنتاجها حتى ولو لم يحصل عليها المشتري .

ويعتقد غالبية التبراج الحكم أعلاه لأنه يميز بين المبيع المنتج للثمرات والإيرادات والمبيع غير المنتج لها لأن المبيع وإن لم يكن قابلا لإنتاج الثمرات والإيرادات إلا أن بإمكان المشتري الانتفاع به بطريقة ما كقراءة الكتاب أو تزيين داره بالصورة الفنية (١) .

ولكن ما الحكم إذا كان المبيع منتجا للثمرات أو الإيرادات وكان المشتري قد (تفق مع البائع على تأجيل الثمن ؟ .

الراجع أن للمشتري لا يلتزم في هذه الحالة بفوائد الثمن ، والا انتفعت غالبية اشتراطه الأجل في أداء الثمن ، عالم بتعيين من ظروف التعاقد أن قصد المشتري كان أن يلتزم بأداء الفوائد ، وإن اشتراط تأجيل دفع الثمن لم يكن إلا لتأجيله إليه ، ولا علاقة لاشتراط التأجيل بمسألة إنتاج المبيع ثمرات معينة أو إيرادات خاصة (٢) .

ويلتزم المشتري إضافة لما تقدم بدفع تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته واستغلاله ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف بخلاف ذلك (٣/٥٧٢ م مدني) .

(١) المصروف من ٢٣٣ .

المبحث الثاني

زمان ومكان دفع الثمن

١ - مكان الدفع

مكان دفع الثمن هو المكان الم عين في الاتفاق . وإذا لم يوجد اتفاق بهذا الصدد ، فالمشتري يلتزم بتأديته في المكان الذي يتم فيه تسليم البائع ، إذا كان الثمن مستحق الأداء في وقت هو غير وقت تسليم البائع ، فالرغماء يجب أن يتم في هذه الحالة في موطن المشتري وقت الاستحقاق . سوره اكان الثمن مستحق الاداء قبل او بعد تسليم البائع . (٥٧٣ م عدلي) .

٢ - زمان الدفع :

ان مطلق المدة ، أي اذا لم يشترط في العقد تسجيل الثمن أو تسليمه أو تصيبته ، فان الثمن يكون مستحق الاداء بمجرد تمام المدة ويلتزم المشتري بدفعه اولا لم يلم البائع .

وإذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا فان مدة القسط أو الاجل تبدأ من تاريخ تسليم البائع . الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك ، او اذا كان سبب تأخير التسليم واجبا الى امتناع للمشتري عن التسليم ، حيث تبدأ المدة في الحالة الأخيرة من تاريخ هذا الامتناع . (٥٤ ، ٥٧٥ م عدلي)

المبحث الثالث

حق المشتري في حبس الثمن

نبحث حق المشتري في حبس الثمن في مطلبين : لخصم لولها لملاص
ثبوت حق الحبس للمشتري ، وثانيهما لسقوط هذا الحق .

المطلب الأول

حالات ثبوت حق حبس الثمن

للمشتري الحق في حبس الثمن تحت هذه في الحالات الثلاثة التالية (٥٧٦ممدني)
١- إذا تعرض أحد للمشتري في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على
المبيع أو ناشئة من البائع ، على أن يقع هذا التعرض قبل الإلقاء بالثمن .

ألا إذا وقع التعرض في جزء من المبيع لقط فلا يجوز للمشتري أن يحبس عن
البائع مسوى قبيح هذه البرز . كما لا يجوز له حبس الثمن بحجة أنه يستحق
تعويضاً قبل البائع لأن الحكم له بالتعرض أمر غير محقق من جهة ، ولأن
القانون أجاز للبائع المطالبة بالثمن إذا قسم قليلاً به ولم يوجب عليه تقديم
كفيل بالتعريض (١) .

٢ - إذا وجدت أسباب يخشى معها على المبيع من أن يستحق وينتزع من
تحت يد المشتري ، على أن تكون هذه الخشية جنية على أسباب معقولة وجديدة (٢)
كظهور عدم عادية المبيع للبائع أو ظهور حق رهن على المقار المبيع .

وتقدر ما إذا كانت أسباب الخشية جنية أمر متردد لتقدير قاضي الموضوع
٣ - إذا كشف المشتري شيئاً خفياً في المبيع يوجب ضمان البائع ، على أن لا يكون
الضمان مدفوعاً .

(١) الهلاكي وحامد زكي ص ١٢٥ هامش (١) .

(٢) مرقس ص ٤٤٩ .

ويذهب الشراح الى ان حق المشتري في حبس الثمن في الحالات اعلاه عا هو
 الا تطبيق من تطبيق القواعد الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ ، ولذلك فـ ان
 للمشتري الحق في حبس الثمن في جميع الحالات التي يصدق فيها عدم الوفاء
 بالبيع بالزيادة الناتجة عن عدم البيع - كعالة تعرض البائع نفسه للمشتري
 سواء اذن عرضه ماديا او قانونيا ، او حاله امتناع البائع عن اجراء اللازم
 لنقل ملكية البيع الى المشتري ، او ان كان الاتفاق يفضي بتسليم المبيع قبيل
 استحقاق الثمن وكان البائع ملزما لتسليمه ولم يسلمه رغم ذلك .

المطلب الثاني

سقوط حق حبس الثمن

يسقط حق المشتري في حبس الثمن في الحالات التالية :-

١ - اذا تنازل المشتري صراحة عنه في العقد ، كما لو تعهد للبائع بقطع الثمن
 حتى ولو حدث له تعرض في حياته ، او ظهر له سبب من اسباب الاستحقاق
 للبيع ، او كشف فيها عيبا .

ويحسب المشتري متنازلا ضمنا عن حقه في حبس الثمن اذا هو دفع الثمن بعد
 العلم بالسبب الملزم لجسمه . ولكن نه الرجوع تلمي البائع في هذه الحالة ولما
 لا يحكم هناك الاستحقاق ، اذا استحق المبيع فعلا (١) ومع ذلك يذهب البعض
 الى ان علم المشتري بخطر الاستحقاق وقت العقد ومعه مع ذلك يدفع الثمن
 في اجل معين لا يبرهان المشتري من حق حبس الثمن وذلك لان المشتري ربما قصد
 من ذلك تمكين البائع من اتخاذ اللازم لمنع التعرض وبحول على ان البائع سوف
 يوقف التعرض قبل حلول اجل الدفع (٢) .

٢ - اذا قدم البائع كفيلا يضمن للمشتري الوفاء بما عسى ان يرجع به على البائع
 ٣ - اذا زال سبب ثبوت حق المشتري في حبس الثمن . كما لو زال خطر
 الاستحقاق ، او انقطع التعرض ، او نام البائع بالعيب الذي كشفه
 المشتري في البيع .

(١-٢) سليمان مرقس ث ٤٥٣ - الهلالي وسامد زكي ص ٤٢٧ هامش (١) الهلالي
 وسامد زكي ص ٤٣٧ .

المبحث الرابع

حقوق البائع في استيفاء الثمن

أخر للمدعي بعض الوسائل لضمان استيفاء البائع لثمنه في الثمن . وهذه الوسائل هي : حق البائع في المطالبة بالتبديل العيني أو المبيع ، وحق الاحتيل المهرول على المبيع . ولا كان محل بحث التعديل العيني النظرية العامة للإنزلات وقانون التولية . وحق امتياز البائع في مادة الحقوق العينية (التبعية) فنكتفي هنا ببحث حق البائع في حبس المبيع وحله في نسخ المبيع .

أ- حبس المبيع

البائع الحق في حبس المبيع حتى يدفع إليه المشتري جميع الثمن الحال والحكم اعلاه يطبق حتى ولو كان البيع جملة ابتداء ببيع صفقة واحدة سواء مسمى الثمن لكل منها أو مسمى جملة . (٥٧٧ م مدني) كما لا يجوز للمشتري الذي يدفع بعض الثمن للمشتري أن يطالب بالبائع بتسليمه بعض المبيع في مقابل ما دفع من الثمن ، بل يكون للبائع حبه في جميع المبيع إلى أن يستوفي الباقي من الثمن الحال .

والطه في اعطاء حق الحبس للبائع في دفعه المبيع في التسوية بين المتعاقدين فالبيع من عقود المعاوضة . والتعهد بتسليم المبيع يقابل التعهد بدفع الثمن ، ولذا لم يضر للمشتري بفتح الثمن فيمنع عليه إجبار البائع على التسليم خاصة وأن التسليم للبائع للمبيع معاوضة أكبر من المعاوضة التي تحصل نتيجة لدفع المشتري الثمن . لا المشتري يصبح مالكا للمبيع بمجرد عقد البيع . أيضا البائع لا يصح سوى فائدا بالثمن .

ولا يثبت للبائع حق حبس المبيع إذا كان الثمن مزجلا وكان تسليم المبيع واجبا قبل حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، إلا في الحالات الاستثنائية التالية :
١ - إذا اشترى المشتري التأمينات التي قضاها حسابا لتغطية التزامه بتسليم الثمن إذا سقط الأجل المتزوج له وصح الثمن حالا في هذه الحالة (٥٧٦ م مدني) .

٢ - إذا أعسر المشتري بشكل يوشك منه أن يضيع الثمن على البائع، على أن -
يكون الاعتسار لاحقاً لعقد البيع - أما إذا كان سابقاً عليه، فلا يجوز للبائع حبس
المبيع لأنه يفترض في هذه الحالة أنه قد التزم المشتري برفضه يتحمل هذا
الخطر (٢) .

والمشتري في المالتين اهله، تجنب حبس المبيع إذا هو قدم كتيلاً بالتعصن
لأن الكفالة باعتبارها ضماناً للثمن تمنع من سقوط الاجل فلما يصبح الثمن حالاً -

٣ - إذا مات المشتري مطلقاً قبل البيع ودفع الثمن - لأن موت المشتري
يزيد إلى سقوط الاجل فيصبح الثمن حالاً ويعد للبائع سلفه في حبس المبيع
حتى يستوفي الثمن (٥٨٠ م مدني) إلا إذا كان الثمن ضروفاً بتأمينات معينة
وفقاً لحكم المادة ٢٩٦ من القانون المدني التي تنص على أن «الدين المؤجل
لا يحل بسوت الدائن ويحل بسوت المدين إلا إذا كان مشروطاً بتأمينات معينة»
أن حق البائع في حبس المبيع يسقط بالتنزل عنه - كما لو سلم البائع المبيع
برضاه إلى المشتري قبل استيفاء كامل الثمن منه (١/٥٧٨ م مدني)

أما إذا قبض المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل ذلك الثمن فالبائع الحق
في طلب رد حيازته خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج المبيع من حيازته
وخلال سنة من وقت خروجه من تحت يده والا سقط حقه في استرداد الحيلزة (١)
(٢/٥٧٨ و ٢/٢٨٤ مدني) .

الفسخ المبيع

البائع - إذا لم يوف المشتري بالتزامه بدفع الثمن، المطالبة بفسخ البيع
ولكن لا يلزم القضاء بتلبية طلب البائع ولو تحقق اخلال المشتري بالتزامه هذا
بل له سلطة تقديرية بموجبها يكون له رفض أو تلبية طلب البائع حسب جملة
الاخلال المنسوب للمشتري .

هذا في حالة الفسخ الفصلي، أما في حالة الفسخ الاتفاقي، أي في حالة وجود
شرط في العقد يفضي باعتباره الفسخ مفسوخاً من لقاء نفسه بمجرد اخلال المشتري
بالتزام بدفع الثمن، فيتوجب على القضاء الحكم بالفسخ بمجرد تحققه من
اخلال المشتري بالتزامه هذا وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني

والبيع سواءً أكان تطابقاً أو اختلافاً ينطبع لأحكام القواعد العامة الخاصة بالبيع والقررة في باب النظرية العامة للالتزام (١٧٧ و ١٧٨ م مدني) والتي تدرس ضمن مادة الالتزامات - ولهذا نعيد فيما يتعلق به إلى شروط الالتزامات. ويلاحظ أن المشرع قد ورد مادتين في هذا الخصوص في باب البيع وهي المادتين ١٨٥ و ١٨٦ وحكما فكل ما جاء في المادتين ١٦٦ و ١٧٨ من القانون المدني.

الفصل الثالث في البيع

دفع مصاريف عقد البيع

إن مصاريف العقد تكون على المشتري إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقرر خلاف ذلك، غبلاً للطرفين المتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل البائع هو هذه المصاريف، إن على أن تكون متعاقدة بينهما. (٨٣ م مدني).

ويقضي العرف في العراق بأن يتحمل البائع والمشتري اجور الدلال منصفه. فإذا لم يوجد اتفاق بشأن هذه الاجور للطرفين يتحملها منصفه حسب العرف الجاري لأن المشرع عرفاً كالتسوية شرطاً.

ويستثنى البعض على الحكم أعلاه بدعي أن نقول العقد لا يفيد المشتري فقط وإنما يفيد البائع أيضاً، لذلك كان من المطلق تحويل المتعاقدين بها مناصفة.

وعلى كل إذا دفع المشتري هذه المصاريف فلا يجوز له بعد ذلك الرجوع على البائع بشيء منها. أما إذا دفعها البائع ليكون له متى الرجوع على المشتري بدفعه وكنه في سبيل الحصول عليه جميع الضمانات المقررة له في الرجوع على المشتري بالثمن ومنها حبس المبيع عن المشتري حتى يمدد مضرته (١) وفسخ البيع وفقاً لتقاعه العامة.

كما يلاحظ أن المادة ٨٤ من القانون المدني تنص على أن الاشياء المبيعة جزأاً مؤوتها على المشتري، فهو بيعت ثمرة كرم جزأاً كانت اجرة قطع تلك

(١) غني حصون طه ص ٣٥٤.

المشترى بجزءاً على المشتري + هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) كما تنص المادة ٥٨٥ على أنه «مداين محبولا يكون اجسرة نقله وايصاله الى بيت المشتري جارية على حسابه الاتفاق او العرف» -

ان حكم المادتين أعلاه مقبوس من المادتين ٢٩٠ و ٢٩٦ من دجلة + وكان بإمكان المشرع الاستغناء مثلاً بالدخول الى المادة ٥٨٢ من القانون المدني التي تقرر بأن «نقود ندم المبيع على المشتري» ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقتضي ندم» -

الفصل الرابع

تسليم المبيع

يلزم المشرع المشتري بتسليم المبيع في الزمان والمكان المعين لذلك + كما يرتب على المشتري بعض الجزومات عند اخلال الأخير بالتزامه بالتسليم + لذلك سنتناول أدناه هذين الأمرين -

١ - تسليم المبيع

يجب ان يتسلم المشتري المبيع في الزمان والمكان المثل علىهما في العقد او الذي يقضي به العرف + فإذا لم يوجد اتفاق او عرف بهذا الصدد فيجب على المشتري ان يتسلم المبيع فور تسليمه وان ينقله دون اجراء الا ما يقتضيه النقل من زمن (٥٨٦ م مدني) -

وظلمات تسليم المبيع على المشتري الا اذا وجد عرف او اتفاق بخلاف ذلك (٥٨٧ م مدني) + وهذا الحكم ماهر الا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة ٣٩٨ من القانون المدني التي سمحت بالإشارة اليها -

وتفصيل تسليم المبيع هي المبروفات التي يقتضيها وضع يد المشتري على المبيع وقبضه - فتلا اذا كان المبيع ثماراً متصلة بأعجارها او نباتات لم تنفصل عن الأرض وبيعت على هذه الحالة فان المشتري يتحمل نفقات جنس التماساو او قطع النباتات بأعجارها من نفقات التسليم - وكذلك الحكم بالنسبة لنفقات نقل المبيع الى مكان المشتري اذا كان هذا المكان يختلف عن مكان التسليم +

٢ - جزء الاخلال بالتزام التسليم

يعتبر المشتري مخلا بالتزامه بتسلم المبيع اذا هو امتنع عن تسلمه في الزمان والمكان اللذين يجب وقوع التسليم لهما ، والباقي يكون مغيرا بين التنفيذ العيني او الفسخ مع المطالبة بالتعويض .

فالمبايع ان يطلب من القضاء الحكم على المشتري بالتنفيذ العيني ، اي الزامه على تسليم المبيع ، وله في سبيل ذلك ان يطلب من المحكمة المختصة الحكم على المشتري بغرامة تهديعية عن ايام التأخير لاجبارا على التسليم ، وقد يتم التنفيذ العيني بإيداع المبيع في مكان آخر غير مكان المبيع على ذمة المشتري اذا كان المبيع متوقفا ، او وضعه تحت يد عدل على نفقة المشتري اذا كان المبيع عقالا او متوقفا معناه للمنفعة حيث وجد .

كما للمبايع ان يبيع المبيع بعد استقلال المحكمة او بدون استقلالها ويهدد لئلا يلصق للمحكمة اذا كان مما يسرع اليه الفساد او التلف او اذا كان مما يكلف لفقدان لحظة في ايداعه

على بائه يلزم لكن ما تقسم ان يكون المشتري مسؤولا بأعذار لتسلم المبيع والمبايع المطالبة بفسخ البيع بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني . . والفسخ يقطع للقواعد العامة في هذا الصدد ويجوز لنائب المطالبة بتعويضه عما اصابه من ضرر نتيجة اخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع ومواده المطالب بالتنفيذ العيني او بالفسخ (١) .

(١) مراجع : السنهوري ج ١ ص ٤٨٦ . العلوي ص ١٧٦١ ، محني ص ٣٥٧ ص ٣٥٨ .

الباب الثالث

بعض أنواع البيوع الخاصة

نبحث في هذا الباب البيوع التالية :-

١ - بيع الأولياء والمركلا، وشرأؤهم لأنفسهم

٢ - بيع الحقوق المتنازع فيها

٣ - المقايضة

٤ - بيع ملك الغير

الفصل الاول

بيع الأولياء والمركلا وشرأؤهم لأنفسهم

المسرح الاول

بيع الأولياء وشرأؤهم لأنفسهم

إن أحكام الولاية تختلف عن أحكام الوكالة في هذا الحد ، لذلك نتناول أدناه بيع الأولياء وشرأؤهم لأنفسهم والتي وردت في المواد من ٥٨٨ الى ٥٩٦ من القانون المدني وبسببها :-

١ - للاب والجد أن يبيع حال تولد أو أن يشتري مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغير يسور لا فاضح ١٠٠٠ أما إذا كان بغير فاضح فالعصر ف يمتنع بأطلس بطلانا مطلقا لمخالفة المظلم العام ١٢٤١ و ١٣٠ و ٥٨٨ م مدني) .

٢ - ليس للقاضي أو الوصي المتصرف أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع حال نفسه للمحجور أو أن يشتري لنفسه مال المحجور مطلقا سواء كان في ذلك خيسر للمحجور ■ لا (٥٨٩ و ٥٩٦ م مدني) -

والطه في هذا المنع هي تناقض مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحة المحجور ، وكان الأولى بالمنع أن يجوز هذا التصرف بشرط استئذان المحكمة

وتوافر المصلحة بالنسبة للمعجور وذلك (مادة بالرحمة المختار (١) .

٣ - ليس للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ممتلكات الميراث أو أن يشترى لمصلحة مال الميراث ، إلا إذا كان في التصرف خير للميراث ، على أن يتم ذلك بأذن من المحكمة (١/٦٥٠ م مدني) .

والخبرة تتحقق ببيع المال للميراث بعد أن تمثل ، وبشرط مال الميراث بأكثر من ثمن المثل (١/٥٩٠ م مدني) .

وتقدير ما إذا كان في التصرف خيرية لصلة الميراث أم لا أمر مشروط بتقدير المحكمة التي يشترط استقلالها لصحة التصرف .

على أن الأحكام أعلاه من القانون المدني قيد بسنن المادة ٤٢ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ - والتي تنص على (لا يجوز للوصي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصرين من ذلك) .

أولاً - جميع التصرفات التي من شأنها انتفاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التسمية أو نقله أو تغييره أو زواله - وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ثانياً - التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية .

ثالثاً - الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر .

رابعاً - الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر .

خامساً - حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الديون .

سادساً - إيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على أن لا تمتد مدة الإيجار في أي المثلين إلى ما يتجاوز الصلح من الرهن .

سابعاً - قبول التبرعات المقررة بمرس .

رابعاً - التنازل عن التملكات والممتلكات والتنازل عن الحقوق والهدايا وطرق الطعن القانونية في الأحكام .

- ثامنا - القسيمة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها .
- تاسعا - الأمور الأخرى التي يترد مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها بموجب التطبيقات التي تصدرها لهذا الغرض) .

الفصل الثاني

بيع الوكلاء وشراؤهم لأشخاص

يسع المشرع النائب من شراء ما يجهد اليه يمينه من قبل من يهبة في ذلك لأشخاص ولا باسم مستعار (٥٦٢ م مدني) (١) حتى ولو بطريق المزاد العلني (٢) .

ولجب في ذلك عوان النائب يتحكم في مصلحة من يتنازل عن : الأول مصلحة الشخصية باعتباره مدعيا ، والثانية مصلحة الأصل باعتباره بالصفة . وهذا التعارض قد تحول دون تحقيق الحماية اللازمة لمصلحة الأصل .

والحكم اعلاه يطبق ، سواء اكانت النية دفاعية كالوكالة في بيع مال عين ومن عين مشفيا لشركة او شركة ، او كانت نياتهم قضائية كالتمثيل في الجلسات القضائية ، او كانت النية في بيع مال الغير بداء على امر السلطة العامة كالوكالة العلم التي يتوب عن الدولة في بيع احوالها بموجب امر من السلطة الادارية .

وكذلك لا يجوز للمدبر والخبراء شراء الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها لان السمسار او الخبير اما ان يكون نائبا عن صاحب المال بل في

- (١) تعتبر محكمة التمييز (شراء ملك وكالة لزوجته شراء لنفسه بصورة فيس مباشرة وباسم مستعار ، ومخالفا لحكم المادة ٥٥٢) القرار ١١٥٦ حيثما هو من اول / ٢٨١ في ٢٧/٢/١٩٨٢ - للشايعي من ١٧٦ .
- (٢) قرار محكمة التمييز ١١٨ / تستثنائية / ٨٥ - ٨٦ في ٢٦/٥/١٩٨٧ ، الشايعي ، من ١٩٧ .

يكون لديه توكيل بالبيع وفي هذه الحالة يستحق عليه الشراء لنفسه ككل وكيل
أو إن لا يكون له توكيل بالبيع فنكون معه مادية محضة لا عملاً قانونياً - قبة
المستأجر تقتصر على المورد على شخص يرضى الشاغل مع صاحب المال . وتقتصر
مهمة الخبير على تقدير قيمة المال تقديراً عادلاً - وفي هذه الحالة لا يجوز له
شراء المال إلا بموافقة المالك .

عليه بأن مخالفة حكم المادة ٥٩٢ تجعل العقد موقوفاً على اجازة المالك
فإذا اجاز المالك نفذ في موافقته لها إذا نقضه وبيع المال لثانية فممن
المشتري الأول يلزم بصرفقات البيع الثاني وتمرض الموكل عما يكون له
لنفسه من ضرر نتيجة نقص قيمة المبيع .

ومما يستر القهاء جزء الإخلال بالحكم المانع من الشراء . فالجواز المسمى
توابع النيابة التي تقتضي بعدم نفاذ تصرف النائب في حق الأصل إلا إذا تسم
في مورد نيابته . وحيث أن ضرر النائب لنفسه يعتبر تجاوزاً لمصدر النيابة
فإن تصرف النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تسم في مورد نيابته
وحيث أن شراء النائب لنفسه يعتبر تجاوزاً لمصدر النيابة لأن تصرف النائب
لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا اجاز الأخير (١) .

(١) راجع : غني حنون ج ٤ ص ٣٦٧ - هامش (١) والله اعلم بالصواب .

الفصل الثاني

بيع الطوق الخارج فيها

نص المذكرة الثانية من المادة ٥٦٣ من القانون المدني على أنه (ويعتبر الحق متنازعا فيه ، اذا كان قد دلت به دعوى او قلم بشأنه نزاع جدي) .

والحق يعتبر متنازعا فيه في حالتين هما :-

١ - اذا دلت به دعوى امام المحاكم ، على ان يتعيب النزاع على اصل الحق او موضوع الحق اى متعلبا بوجوده او بطريقة التخلص منه كاتكار الدين كله او بعضه من قبل المدين او ادعاء المدين سقوط الدين بنفسه المدة ٠٠ اما المراقيل التي يسمها المدين لتأخير الوفاء بالدين كالدفع بعدم اختصاص المحكمة ، او الدفع بعدم وجود صفة في رهنها ، فانها لا تجعل الحق حقا متنازعا فيه .

والحق يعتبر متنازعا فيه حتى ولو صدر فيه حكم مالم يكتمل الصلصة النهائية بان استنفذ طرق الطعن لم يمت المداخلة للطعن في الاحكام (١)

٢ - لا يشترط لاعتماد الحق متنازعا فيه ان ترشح بشأته الدعوى امام المحاكم بالفعل ، بل يكفي لاعتباره كذلك ان يجرم بشأنه نزاع جدي ولو لم يتمسح النزاع على القضاء بعد .

وتقدير ما اذا كان هناك نزاع بشأن الحق ليس متروكا لمحكمة الموضوع تستخلصه من ظروف كل قضية ووقائنها ولا رتبة لمحكمة التمييز عليها . ولكن محكمة الموضوع تخضع لرئاسة محكمة التمييز في تكييفها لوصف النزاع بماي انها تخضع لهذه الرئاسة عند فصلها في كون هذه الوقائع والظروف تؤدي او لا تؤدي الى اعتبار الحق متنازعا فيه ، ذلك لان التكييف هنا مسألة قانونية (٢) .

(١) السندوري ج٢ ص ١٦٨ - الهلالي وحامد زكي ص ٦١٦ .

(٢) الأمرى ص ١٦٨ - فني حسون طه ص ٣٦٩ .

ويجب قيام النزاع وقت البيع لا قبله ولا بعده - فالمقتد لا يعتبر واردا على
حق متنازعا فيه لذا كان النزاع قد انحصر بحكم نهائي قبل التقه .

وحكم التشريع المصري (وكذلك المصري) يختلف في هذا الصدد عن حكم
التشريع الفرنسي ، لأن التشريع الأخير يشترط لاعتبار الحق متنازعا في نفسه
أن تكون الخصومة قائمة بشأنه أمام القضاء بالفعل ، في حين يقتضي التشريع المصري
والصري لذلك أن يكون هناك نزاع جدي حول الحق (١٧٠ م مدني فرنسي) .

ويجب عند بيان حكم بيع الحقوق المتنازع فيها التطرق الى امرين :-
الاول هو بيع الحق المتنازع فيه لمبر عال القضاء والثاني منع عال القضاء
وللحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها . ومنه ما سنبينه في الفرعين التاليين .

(١) تولا عن الهلالي وسليد ذكي ص ٦٢٠ .

الفصل الأول

البيع لغير عمال القضاء

عند الكلام عن حكم بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء يجب التطرق
إلى الأمور التالية -

- ١ - حق الاسترداد
- ٢ - آثار الاسترداد
- ٣ - حالات اعتناح الاسترداد

المبحث الأول

حق الاسترداد

١ - المادة في الراد حق الاسترداد :

نص الفقرة الأولى من المادة ٥٩٣ من القانون المدني على أن «الحق المتنازع
فيه إذا نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر بمقابل ، فالمتنازع منه أو عظم من
المطالبة إذا هو رد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي له مع المصروفات وغوات
الثمن بالمر القانوني من وقت الدفع (١) -

فالمرح يصرح لمن عليه الحق المتنازع فيه (المتنازع منه) العنصر مسكن
مطالبة المشتري (المتنازل له) مقابل رد الثمن الحقيقي والمصروفات والفواتير
القانونية -

والعلة في إعطاء الدين هذا الحق هي تقليل المخازعات - والضرب على أيدي
المضاربين والمرايين ومنعهم من طغضاء المدينين بلا رحمة ولا شفقة (٢) -

(١) المتنازل هو حامي الحق المتنازع فيه ، والمتنازل له هو المشتري هذا الحق
والمتنازل منه هو المدعي عليه .
(٢) الهلاكي وسماه زكي ص ٦٢٦ -

والواقع ان من يفهم على سواء حق متذرع فيه انما يحتم مضاربا لانه يبرم
 غفلا احتماليا لا يعلم ولت ابراهه ما اذا كان سيؤدي الى كسبه او خسارة ، ولذلك
 فهو يشتري الحق ضمن يتناسب مع احتمال الكسب والخسارة وهو المثل من قيمة
 الحق ذاته . والغالب ان يبذل المشتري في سبيل كسبه كل جهد ونفقة لافسرار
 الحق اتمام القضا ، بل انه يلجأ الى وسائل غير مشروعة لتحقيق حـمـلـه
 والقرص . ولهذا قبل بأن من يشتري حقا متنازعا فيه يكون في الغالب مـنـ
 محترقي المصائب القضائي (١) .

٣ - العقود التي يجوز فيها الاسترداد :

لختلف الفقه في هذا الصدد . فرائ يفصح الى عدم تبوءه حق الاسترداد
 الا اذا كان التصرف بيعا ، يضاف ان الفترة الاولى من المدة ٥٩٣ تجوز الاسترداد
 مقابل رد الثمن ، وللقايل لا يكون ثمة الا في البيع (٢) .

ويذهب رأى ائمة الى القول بثبوت حق الاسترداد بموّه بم التنازل مـنـ
 طريق البيع او المقايضة او الصلح على بدل لان المشروع يقول بالحق للتنازع فيه
 اذا غزل صاحبه بمقابل ٥٠٠٠٠٠ ، ولو اراد التبيع لنص على ذلك صراحة (٣) .

وحسب هذا الرأى انما حصل التنازل عن طريق المقايضة دفع المدعي عليه
 الى التنازل له البديل اذا كان متلبا وقيمته اذا كان ليميا - فـمـا اذا حصل
 التنازل عن طريق الصلح ، كما لو تنازع شخصان على دين كل يدعيه
 لنفسه وتنازل احدهما للآخر عن دواء مقابل مبلغ من النقود ، فيجوز للبدعي
 التخلص من الدين بدفع بدل الصلح للتنازل له .

ويذهب رأى ثالث . الى ان حق الاسترداد يشبه اذا كان التصرف معاوضة
 وكان المقابل من النقود او الاشياء المثلية على الاقل حتى يتمكن المسترد مـنـ
 ان يدفع متلبا الى التنازل له .

(١) بصدد هذه الاراء يرجع السعدي ج ٤ ص ٢٠٦ حاشي (١) . مرجع
 ص ٥٧٠ حاشي (٢) . غني جسون طه ص ٢٧٩ ذنون ص ٣٣٢ . الصراف
 ص ٢٥٧ حاشي ص ٢٨٧ .

(٣) مجموعة الاموال المصطبرية للقانون المصري - ج ٤ ص ٢٠٤

والراجع عندئذٍ إلى أن حق الاسترداد يثبت إذا كان التصرف معاوضة وفيه معنى المضاربة وقد يكون هذا التصرف بيعاً أو هبة أو صلحاً في المقابل بدل نقدي أو هبة بموضع إذا كان هذا الموضع من الأهمية بحيث يرتفع إليه مرتبة المقابل .

٣ - الحقوق التي يثبت فيها الاسترداد :

وحق الاسترداد يثبت في جميع الحقوق المتنازع فيها ، سواء أكان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً فإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً كدين في الذمة جاز للمدين أن يتخلص من مطالبة المتنازل له باستعمال حق الاسترداد فيصبح دائناً ومديناً له وينقضي الدين بانحلال الذمة ، أما إذا كان الحق للمتنازع فيه سماً عينياً كحق الملكية ، فإن استرداده يكون سواء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل البيع .

١ - كيفية والوع طلب الاسترداد :

يكون طلب الاسترداد بإعلان المتنازل ضمه وبعثه في الاسترداد ، ولا يشترط شكل خاص لهذا الإعلان .

ولكن يلاحظ بأنه إذا كانت هناك دعوى أمام القضاء بالحق المتنازع فيه ولمها الدائن وأدخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري إجمالاً لطالبة المدين بالحق الذي اشتراه ، فلهذين الإعلان من رغبته في الاسترداد مسبقاً طريق طلب بوجهه إلى المشتري في المحكمة بالشكل المادي الذي تبين فيه الطلبات في الدعوى المطروحة أمام المحكمة .

وطلب الاسترداد أمام القضاء يجب أن يكون بصفة إيجابية لا احتياطية ، ولذلك لا يجوز للمتنازل ضمه أن يطلب مثلاً رفض الدعوى لعدم صحة الدين أو لاقتضائه وإن طلب بصفة احتياطية الحكم له بالاسترداد ، ذلك لأن الطلب الاستياضي لا يحسم النزاع كما أنه إذا لم يطلب احتياطياً بالاسترداد وحكم بحقوق الدين أصبح الحق غير متنازع فيه ومن ثم انتفت المحكمة من الاسترداد .

أما إذا كان هناك نزاع جدي لم ينتقل بعد إلى القضاء ، فطلب الاسترداد في هذه الحالة ، يكون بإعلان الدين عن رغبته في ذلك بالطرق العادية . فإن لم يوافق المشتري على هذا الطلب كان للدين الجزر إلى القطع للحصول على حكم بحصول الاسترداد وصحته .

ويكمن استعمال حق الاسترداد إلا إذا حسم النزاع ، حيث يمنع الاسترداد لأن الحق يصبح حقا غير متنازع فيه .

٥ - ما يجب على المسترد طعه :

حسب الفقرة الأولى من المادة ٥٩٢ سالفة الذكر على المشتري أن يسرد فعلا إلى المشتري الثمن الحقيقي أو على الأقل أن يعرضه عليه عرضا حقيقيا مع المصروفات وغواليه الثمن القانونية من وقت البيع .

ومع ذلك ينبغي الشراح إلى الاكتفاء بإبداء المسترد استعداده للثمن الثمن مع المصاريف والفوائد (١) - ونرجع الرأي الأول لأن الفرض من الاسترداد هو حسم النزاع وهذا الفرض لا يتحقق إلا بدفع الثمن وملحقاته فعلا أو بعرضه عرضا حقيقيا (٢) .

وإذا كان الحق للنزاع فيه محل عقود تدارك متعددة ، فالمسترد يلتزم بإبداء الثمن الحقيقي الذي دفعه للتنازل له الأخير . لأن الاسترداد إنما يتم منه (٣) .

وإذا كان التنازل قد منح لجلالة للوفاء بالثمن ، فالمشتري المسترد أن يستفيد من قيمة الأجل المفق على ، لكن للمصلحة أن تداره في هذه الحالة بتقديم ضامن كاف يؤمن سداد الدين (٤) .

(١-٢) ضامب ص ٢٩٢ ، السبهوري ج ٤ ص ٢٠٣ مرقس ص ٥٧٣ ، ذنون ص ٣٦٩ .

ثاني حصون طعه ص ٣٧٧ .

(٣) السبهوري ج ٤ ص ٢٠٣ .

(٤) أنور سلطان ص ٤٢٢ ، المصراف ص ٢٥٩ .

المبحث الثاني

الاسترداد المستعجل

الاسترداد بحسب الرأى المراجع ، لا يعتبر شرا ، جديدا ، بل هو ينطوي على حصول المشتري محل المتنازل له بأثر رجعي . في الصيغة التي عدها الأخير مع المتنازل (١) وتترتب على ذلك النتائج التالية :-

١ - العلاقة بين المسترد والمتنازل له : يترتب على حلول المترك محل المتنازل له بأثر رجعي واعتبار الأخير كأن لم يكنسب الحق في يوم من الأيام وهذا يعني انه جميع الحقوق التي رتبها المتنازل له على الحق المتنازع فيمنحه لأخرى في مواجهة المسترد لورودها على حق محفوظ للغير .

٢ - العلاقة بين المتنازل والمتنازل له : تخضع هذه العلاقة للعقد المبرور بين المتنازل والمتنازل له . فهذا العقد لا يفسخ بسبب استعمال حقيق الاحتراد ولذلك يلتزم المتنازل له بدفع الثمن للمتنازل . كما للمتنازل الرجوع على البائع بضمان الترخي الشخصي ، لأن المتنازل (البائع) ضمن الترخي الشخصي هنا ، سواء كان ترضيا ماديا او قانونيا . والا كان المشتري المطالبة بفسخ البيع مع تعويضه عن لحقه من ضرر بسبب ذلك (٢) .

ولكن ليس للمتنازل له الرجوع على البائع بضمان ترضي الغير امر يستطاع هذا الغير للمبيع اذا كان المتنازل له عاكا يكون الحق حقا متنازعا فيمنحه وقت البيع (٣) .

٣ - العلاقة بين المتنازل والمسترد : لانشاء علاقة مباشرة بين المتنازل والمسترد لأن الاسترداد لا يعدو ان يكون طريقا لبراء ذمة للدين . كما ان المسترد لا يعتبر خلفا للمتنازل ، لأن الحق المتنازع فيه لا ينتقل الى المسترد من المتنازل بسبل من المتنازل له .

وتترتب على ما تقدم انه لا يجوز للمتنازل مطالبة المسترد بالثمن الا عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وفي هذه الحالة يكون مرضيا لمصلحة والتسلي المتنازل له الآخرين (٤) .

(١-٢) السنيوري ج ٤ ص ٢٠٥ . وعكس ذلك ، تصور مصطفى منصور في ١٢٠ (١) السنيوري ج ٤ ص ٢٠٦ . غني حوطة ص ٢٨٠ .

المبحث الثالث

حالات امتناع الاسترداد

نص المادة ٥٩٤ مدني على أربعة حالات يمتنع فيها استرداد الحق المتنازع فيه - ويمكن ان تضاف اليها حالة خامسة استنادا الى المفهوم المخالف لمكسّم الفقرة الأولى من المادة ٥٩٣ مسألة الذكر - ولذلك لحالات امتناع الاسترداد هي الحالات الخمسة التالية -

١ - اذا تم التنازل عن الحق المتنازع فيه للتغير بغير عرض - وهذه الحالة تستتبع من المفهوم المخالف للفقرة الأولى من المادة ٥٩٣ والتي تشترط لثبوت الاسترداد التنازل عن الحق بمقابل -

٢ - اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة اموال بيعت جزائيا بتمن واحد - كما لو باع المورث بقوقه في الشركة بعد موت المورث وكان بينها حصة متنازع فيه -

والسبب في منع الاسترداد في هذه الحالة هو ان الحق المتنازع فيه يملك ذاتيته ويعنى في العناصر الأخرى فتعطل فكرة التضاربية لدى المشتري لدى الحق المتنازع فيه بالذات -

٣ - اذا كان الحق المتنازع فيه شافعا بين ورثة او حلفاء آخرين - وبإع اسهم نصيبه للآخر - كما لو ادعى المورث ان له دينا قبل اتمان ثم مات من ولد من وبإع اسهم نصيبه في الدين الآخر -

والسبب في المنع هنا ان البيع في هذه الحالة ليس مبنيا على فكرة التضاربية بل المقصود هنا هو انها حالة الشيوخ او على الأقل التظيل من عند الشركاء كما ان اباؤة حق الاسترداد في هذه الحالة لا يحسم النزاع لان النزاع سيحسم بالنسبة لتصيب الوراثة المشتري (١) -

(١) الهلالي وحامد زكي ص ٦٣٠ - المسعودي ج ٢ ص ٢٠٨ -

٤ - إذا نزل المدين عن الحق المتنازع فيه لدائه وفاء الدين مستحق في ذاته
لأن الدائن لا يقصد المضاربة وإنما يقصد الحصول على حقه . خاصة وأن الدائن
قد لا يجد سبيلا آخر للحصول على دينه ، كما أن الدين قد لا يجسر له الوفاء
بدينه إلا بهذه الكيفية (٢) .

• - إذا كان الحق المتنازع فيه متعلقا بمشقة وبيع لمن انتقلت اليه ملكية هذا
العقار كما لو اشترى الدين المتنازع فيه من انتقلت اليه ملكية العقار المرصون
تأميناً لسداد هذا الدين . لأن الغاية من الشراء ليست المضاربة بالحق المتنازع
فيه . وإنما هي تخليص العقار من الرهن .

(٢) الهلالي وحامد زكي ص ٦٣٦ .

الفصل التاسع

منع عمال القضاة والمحامين من شراء

الحقوق المتنازع فيها

نص المادة ٥٩٥ مدني حال القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها .
اما المادة ٥٦٦ فنص المماثل من الناحية فيها .

المبحث الاول

منع عمال القضاة والمحامين من شراء

لا يجوز لعمال القضاة والمحامين شراء الحقوق المتنازع فيها ، والا كان
المعنى باملا بطلانا مطلقا .

ويلزم لبطلان العقد توافر الشروط التالية :-

١ - يجب ان يكون الحق متنازعا فيه .

٢ - ان يكون الراغب في الشراء من الاشخاص الوارد ذكرهم في المادة ٥٩٥ اعلاه
لان النص المذكور حكم استثنائي لا يجوز القياس عليه ويقترب على
ما تقدم ان الحكم معار البحث لا يبري على الغيراء والمترجسين والفراشيين
والمراسين ورجال الشرطة (١) .

٣ - ان يكون النزاع المتعلق بالحق داخلا ضمن اختصاص المحكمة التي يباشر
راغب الشراء عمله في دائرتها .

وبناء عليه فإن حاكم البديعة لا يستطيع شراء الحق المتنازع فيه اذا كان
النظر في النزاع المتعلق بهذا الحق من اختصاص محكمة . اما حكام محكمة
التمييز فيمنع عليهم شراء اي حق متنازع فيه في اي محكمة من المحاكم لان

(١) السنيوي ج ٢ ص ٢٧٠ ، ذنون ص ٣٤١ ، العامري ص ١٨٤ - فني حسون
طه ص ٣٨٥ .

اختصاص محكمة التمييز يمتد إلى جميع أنحاء الدولة (٢) .

ويجب توافر هذا الشرط ولست الضمونه والا فيعتبر العهد صحيحا فعلا إذا اشترى ساكن حقا متداخلا فيه يدخل النزاع المعلق به ضمن اختصاص محكمة غير المحكمة التي يعمل فيها . ثم نقل بعد الشراء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع فالقصد يعتبر صحيحا في هذه الحالة (٣) .

ويجوز بعض الشراح انه كان الاجدر بالمشروع ان يمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها . سواء كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التمييزية يباشرون بمسائلهم فيها ام لا وذلك لاجساد عمال القضاء عن موطن القسبه واستقلال النفوذ (٤) .

(٢) غني حسن طبعه ص ٣٨٦ .

(٣) السنهوري ج ٤ ص ٢٧١ .

(٤) المامري ، ص ١٨٤ .

المبحث الثاني

منع للمعاملة من التعامل في الممتلكات

المتنازع فيها

لم يكتف المشرع بمنع المعاملة من شراء الحقوق المتنازع فيها ، بمسئله هو حرمة من التعامل مع موكله في هذه الحقوق ■ كان هو الذي يتولى الدفاع عنها (٥٦٦ م عدلي) .

نص المادة ٥٦٦ لا يكفي بمنع المعاملة من المفاوض ، بل هو يحرمه من جميع اوجه التعامل الاخرى التي يمكن ان يرد على حق متنازع فيه .

والسبب في هذا المنع هو منع المعاملة من استقلال خبرته ودرايته بالقانون لانهام موكله بضعف مركزه في الدعوى للوسيل بذلك الى اتفاق يكون فيه الموكيل مقيوناً (١) .

ويترتب على الحكم اعلانه انه لا يجوز للمعام ان يتفق مع موكله بان يصرف من كسبه الخاص على الدعوى نقاء ان يتكاسم معه الحق الذي سيحصل عليه نتيجة للدعوى ، لو ان يتفق مع موكله على ان تكون اتمابه حصة معينة مما يحكم به لوكله . كما ليس له شراء الحق المتنازع فيه الا كان يتولى هو الدفاع ، عنه ولا اعتبار بالتعامل باطلا بطلانا مطلقا .

(١) السجوري ج ٤ ص ٢٧٩ . المامري ص ١٨٥ . محي حسون طه ص ٢٨٩ .

الفصل الثالث

المقايضة

تتناول المقايضة في فرعين : تنضمي اركانها لتعريفها واركانها . وثانيهما أحكامها .

المسرح الاول

تعريف المقايضة واركانها

١ - تعريف المقايضة :

المقايضة هي بيع المعين بالمعين . وقد نصت على ذلك المادة ٥٠٧ مـ من القانون المدني بقولها (البيع باعتبار المبيع اما ان يكون بيع المعين بالتقيد وهو البيع المطلق او بيع التقيد بالتقيد وهو الصرف او بيع المعين بالمعين وهي المقايضة) . فالفارق الرئيسي بين البيع والمقايضة هو ان المقايضة لاثن فيها وانما مبادلة مال بمال ، بينما المقابل في البيع هو مال من التقيد .

ويشترط في البديلين في المقايضة ان تكون من الحقوق المالية ، سواء اكانا من الحقوق العينية كحق الملكية او حق الانتفاع ، او من الحقوق الشخصية كدين في الثمة او حق الاجارة او من الحقوق الذموية ، اما اذا كان احداهما او كلاهما عبثاً او امتناعاً عن عمل ، فالعقد لا يعتبر مقايضة وانما يعتبر عقد غير مسمى .

ولكن ما الحكم اذا كان البديلان من التقيد ؟

يذهب الفقه في فرنسا ومصر (١) الى اعتبار العقد مقايضة في هذه الحالة لتمثيل البديلين فيه . اما التشريع العراقي فيعتبره بيعاً صرفاً (٥٠٧ مـ مدني) ولكنه لم يضع احكاماً خاصة به الا ان الفقه يذهب الى وجوب تطبيق احكام المقايضة عليه لان عقد الصرف اقرب الى المقايضة منه الى البيع المطلق (٢) .

(١) انور سلطان ٤٦٣٩ -

(٢) الصراف م ٢٦٧ -

٢ - أركان المقايضة :

أركان عقد المقايضة هي : الرضا والمحل والسبب ، مع ملاحظة أن المحل فسخي المقايضة هو الشيئان المتفايض فيهما ، ويشترط فيهما شروط المبيع ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٧ من القانون المدني على ذلك بقولها (١) - لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه - وإن وقعت تنازعة في امر التسليم لزم أن يعلم ويتعلم كل من المتفايضين معاً .

والمقايضة عقد رضائي إلا إذا اشترط القانون غيرها شكلاً معيناً ، كما لم يرد في أحد البعدين أو كلاهما عقاراً ، حينئذ يشترط لانفاذها قبض السلع المقتضية (٢/١١٦٦ م مدني) . أما السبب فيخضع للأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

الفصل الثاني

أحكام المقايضة

أحكام المقايضة ، فيما يتعلق بانتقال الملكية ، هي نفس أحكام البيع ، أي أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد المقايضة إذا كان كل من البديلين متقولاً معيناً بالذات وبالأفراد إذا كان متقولاً معيناً بالتعدد ، وتسجيل المقايضة في دائرة التسجيل المنعاري إذا كان عقاراً .

والتزامات كل طرف من طرفي المقايضة هي التزامات البائع بالنسبة للبديل الذي قايض به والتزامات المشتري بالنسبة للبديل الذي قايض عليه (٢/٥٩٧ م مدني) .

كما يترتب على المقايضة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق والسيوب الخفية المقررة في عقد البيع وقد نصت على ذلك المادة ٥٩٨ من القانون المدني بقولها (إذا استحق الشيء الذي به المقايض أو رد قيمته ، جاز لهذا القايض إما أن يسترد الشيء الذي قايض به ، أو إذا ان مطالب بقيمة الشيء الآخر وقعت الامتصاصات أو

بقية وقت المقايضة ،فاليا من .لعيب ،وله في المثلين ان يطالب بتعويض اذا كان هناك وجه للطلب .

على ان احكام البيع التالية لايمرى على المقايضة عند

١ - احكام الثمن وشروطه : - لان المقايضة لايجوز ماابلا مقدما حتى لو كانت المقايضة بمعدل الا اذا بلغ هذا المعدل من الاهمية بحيث يمكن معها اعتبار المقد بما لا مقايضة (١) .

٢ - احكام الثمن : لايمرى الاحكام الخاصة بمسمى تكملة الثمن بسبب الثمن الفاضل . والسبب في ذلك هو ان الشرع راعى في دعوى تكملة الثمن ان الثمن او حصة قد يضطر الى البيع لفروقة ملجئة وحاجة شديدة الى النقود ولو كان الثمن ينسأ . وهذا المسبب لاوجود له في المقايضة ، اذ لا ثمن لها ولا نقود تستهوى اليها (٢) .

الا ان هذه الاحكام تسرى على المقايضة اذا كانت المقايضة بمعدل تقوى وكان المعدل التقوى من الاهمية بحيث يمكن اعتبار المقد بما لا مقايضة (٣) .

٣ - احكام التسليم : في البيع المطلق يجب دفع الثمن قبل تسليم المبيع الا اذا وجد اتفاق بغير ذلك . اما في المقايضة ليجرى تسليم البضئين في وقت واحد ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك (٤٧٥/م مدني) .

٤ - مصاريف العقد : مصاريف عقد البيع تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق بخلافه في حين مصاريف عقد المقايضة يتحملها المتبايعان مناصفة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك (٥٨٣ و ٦٠٠ م مدني) .

٥ - احكام الضمعة : نفس المادة (٥) من قانون الضمعة المصري على عدم جواز الاخذ بالضمعة ممن تملك بغير المباشرة . وهذا يعني علم سرعان احكام الضمعة في المقايضة في التشريع المصري .

(١) المصراف ص ٢٦٩ ، غني حسن طه ، ص ٣٩٤ .

(٢) الهادي وحامد زكي ص ٦٤٣ .

(٣) المصراف ص ٢٩٦ ، غني حسن طه ص ٣٩٤ .

وجاء القانون المدني خالياً من نص بهذا الصدد . أما الشراح لهم غلب على خلاف فقير يقذهب إلى عدم جواز الأخذ بالشبهة في حالة المقايضة ، لأن النصوص الخاصة بالشبهة تنمى إلى البيع دون المقايضة ، وإن الشبهة تابعة على خلاف القياس فتبرها لا يكاد عليها (٢) . ويجوز غيرهم الأخذ بالشبهة في المقايضة . لأن المقايضة نوع من أنواع البيع وإن الشريعة الإسلامية التمسى يعتبر مصدراً أساسياً من مصادر التشريع العراقي لا تميز بين البيع والمقايضة بل تعتبرانها فيما (٢) . ونميل إلى الرأي الأخير لأن الفرض من القرار حتى الشبهة هو دفع الضرر عن الشفيع ، وهذا الضرر يتحقق فيما كان العقد لو مقايضة .

(١) صلاح الدين الناهي ، التعليقات الواجبة على متون القوانين ص ٣٨ .
(٢) شاكر ناصر الوسيط ج ٢ ص ١٠٤ . من ذنون ، الحقوق والمصلحة الأصلية ص ١٦١ .

الفصل الرابع

بيع ملك الغير

المصرح الاول

مطلق بيع ملك الغير

لم يورد المشرع العراقي احكاما خاصة ببيع ملك الغير ، وانما هو اكتفى بالامارة اليه عند الكلام عن العقد الموقوف ، وبسبب تطبيقا للقواعد العامة

المقدمة في الفقه الاسلامي المتصرف في المصولي

وعلى كل يلزم لاعتبار البيع بملك الغير ان يكون متميا على حين معتبة بالذات مملوكة لغير البائع ولست ابرام العقد ، وخرجه على ذلك ان البيوع الثالية لا تعتبر بملك الغير :-

١- بيع الشيء الثمين بالنوع والشيء المستقبل :- لان البيع لا ينقل ملكية الشيء الثمين بالنوع الا بعد الاغراز ، كما ان العقد لا ينقل ملكية الشيء المستقبل ، بل لا بد من وجود هذا الشيء .

وفي الحاليتين اعلاه لا يمكن القول ان البائع قد باع شيئا غير مملوك الا بحسب ان تمثين هذه الاشياء بملكها بفرزها او بوجودها ، اما قبل التمثين فيقتصر التزام البائع على تعيينها اذا كانت موجودة ، او ايجابها اذا كانت غير موجودة .

٢- التعهد من المالك بان يبيع الشيء الى شخص آخر لا يلهى ليس ببيع وانما هو تعهد عن الغير . وهذا يلزم المتعهد ولا يلزم المالك فاذا رفض المالك التعهد كان للمتعهد له الرجوع على المتعهد بالتعويض مما اسببه من ضرر بسبب اخلاله الاخير بالتزامه .

٣- اذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط والنف او فاسخ لان البائع يعتبر بانما لشيء مملوك له وان كانت ملكيته للشيء معلق على شرط فاسخ او واقف فاذا تحقق الشرط الواقف او انقضى الشرط الفاسخ اصبحت ملكية المشتري

للشيء ملكية باتة - أما إذا لم يتحقق الشرط الراقف أو تحقق الشرط الفاسخ أصبح المشتري غير مالك .

١ - البيع للملك على شرط اكتساب البائع للملكية :- لأن البائع علق التزامه بنقل الملكية بشرط واقف هو تملكه للشيء . فإذا تحقق الشرط وأصبح البائع مالكا للشيء انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإذا نخلب الشرط سقط البيع .

٢ - بيع جزء مفرد من المال المتماثل : إذا باع أحد الشركاء جزءا مفردا من المال المتماثل فإنه يعتبر باعتا ملك الغير بالنسبة لحصص شركائه في هذا الجزء ولكن إذا قسم المال بين الشركاء ووقع الجزء المفرد المبيع في حصة الشريك البائع اعتبر باعتا ملكه ويصبح البيع باتا وناظدا . أما إذا ولىح في نصيب شريك آخر غير البائع اعتبر المتصرف باعتا ملك الغير . ولا يمكن تصود بيع جزء مفرد من العقار المتماثل من قبل أحد الشركاء في التشريع العراقي . لأن أحكام الانسداد والتسجيل العقاري تحول دون إبرام مثل هذا العقد ، إذ يجب تسجيله قسي وأثره التسجيل العقاري وهذه العائرة تمتنع من تسجيله لصدوره من أحده الشركاء .

المسرح الثاني

حكم بيع ملك الغير

كان القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم يعيزان بيع ملك الغير لأن اثر البيع بموجبها كان قاهرا على التزام البائع بتكوين المشتري من حياله البيع والانتفاع به انتفاعا عادئا وعلى الرب الذي يملكه بهائا سابقا .

ويعتبر القانون المدني الفرنسي الجديد بيع ملك الغير باطلا (١٤٩٩ م. فرنسي) ولكن يلاحظ ان النقص في فرنسا على خلاف دول مابعد هذا البطلان ففرق بينهما الى ان العقد لا يعتبر باطلا بل هو قابل للفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري . ويذهب الآخرون الى بطلان البيع مطلقا لانعدام السبب او المحل . فبسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل الملكية اليه وحسب غير ممكن بالنسبة للبائع . كما ان محل المبيع مستحيل استحقاقه مطلقا نظرا لعادية المبيع لغير البائع . ويذهب فريق ثالث الى اعتبار البيع باطلا بطلانا نسبيا بسبب الخلط الذي وقع فيه المشتري في شخص البائع وفي حصة جوهرية في البيع في وقت واحد .

ويذهب القضاء الفرنسي الى اعتبار العقد الولد على ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري الذي له التمسك به دون البائع او المالك الحقيقي . على ان حق المشتري ينقضي اذا اقر المالك العقد او صار البائع مالكا للمبيع (١) .

ويعتبر المشرع المصري بيع ملك الغير قادرا قابلا للإبطال لمصلحة المشتري الا انه غير نافذ في مراجعة المالك ولو اجازته المشتري عالم بقره المالك نفسه . كما ان البيع يطلب صحيفا اذا صار البائع مالكا للمبيع .

(١) لقلا عن : غني جسون طه ص ٣٩٩ و ٤٠٠ .

ويستبر المشرع العراقي بيع ملك الغير خطأ صحيحاً ولكنه موقوف على اجازة المالك الحقيقي . ويعترب على ذلك أن للمالك الحقيقي اجازة التمليك ولحقه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حله يصدر التمليك من الفضولي . فان لم يخطب خلال هذه المدة اعتبر كونه اجازة له . واذا اجل المالك التمليك اعتبر المشرع مالكاً للمبيع من يوم الانفاذ الذي تم بينه وبين الفضولي لان الاجازة للتمليك تعتبر بحكم الوكالة السابقة .

اما اذا نقض المالك الحقيقي البيع فانه يعتبر باطلاً من يوم الانفاذ ولذلك يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل انعقاد . ويعترب على ذلك ان للمشتري استرداد مادلحه للفضولي مع مطالبته بالتعويض اذا كان هو حسن النية . كما يجب عليه رد المبيع الى مالكه .

واذا كان المشتري قد تسلم المبيع وهناك بينه ، فان الفضولي يتحمل تبعات الهلاك اذا كان المشتري حسن النية ، او اذا كان الهلاك يمتد من الفضولي . اما اذا كان المشرع حسن النية فانه هو يتحمل ذلك ما لم يكن الهلاك حاصلاً بصد من انقضائيه .

المحتوى

٢٦	المطلب الأول : الوعد بالبيع
٤٢	المطلب الثاني : الوعد بالتفصيل
٤٤	المطلب الثالث : الوعد بالصراة
٤٦	المطلب الرابع : الوعد بالبيع وبالصراة
٥٠	المبحث الثاني : البيع بشرط الخيار
٥٤	المبحث الثالث : البيع بمرط التجريفة
٥٨	المبحث الرابع : البيع بشرط المدة
٦١	المبحث الخامس : البيع بشرط المهر
٦٥	الفصل الثاني : ممل ممل البيع
٦٥	المبحث الأول : المبيع
٦٦	المبحث الثاني : الثمن
٦٩	المبحث الأول : الثمن مبلغ من الممل
٧٢	المبحث الثاني : الثمن ممل او مقابل للمقدير
٧٨	المبحث الثالث : الثمن الممل
٨٢	الباب الثاني : أحكام ممل البيع
٨٢	المفصل الأول : التزامات المبيع
	المبحث الأول : نقل ملكية المبيع
٨٢	المبحث الأول : نقل ملكية المبيع الممل بالقات
٨٦	المبحث الثاني : نقل ملكية المبيع الممل بالبيع
٨٨	المبحث الثالث : نقل ملكية الممل
٨٩	المطلب الأول : مرحلة ما قبل التسجيل
٩٤	المطلب الثاني : مرحلة ما بعد التسجيل
٩٩	المبحث الثاني : تسليم المبيع

المصاحفة

١٩	المبحث الأول : أهمية التسليم وإلزامه
١٠٣	المبحث الثاني : ضمان التسليم ومكان وعبارته
١٠٥	المبحث الثالث : مطلقات المبيع وحالته عند التسليم
١٠٧	المبحث الرابع : حكم نقص المبيع أو زيادته أو علكه
	الفصل الثالث : ضمان التمريض والاستعانة بالمهوى
١١٦	المبحث الأول : ضمان التمريض والاستعانة
١١٨	١ - ضمان التمريض
١١٨	أ - ضمان التمريض الشخصي
١١٨	ب - ضمان التمريض الصادر من الغير
١٢١	٢ - ضمان الاستعانة
١٢٣	٣ - تعديل أحكام ضمان التمريض والاستعانة
١٢٣	المبحث الثاني : ضمان المهوى الطبية
١٢٣	١ - أحكام ضمان الثانوي
١٢٣	أ - شروط العيب الموجب للضمان
١٣٧	ب - أحكام ضمان المهوى الطبية
١٤١	٢ - مستطعات ضمان البائع للمهوى الطبية
١٤٣	٣ - أحكام ضمان الانتقاسي
١٤٤	٤ - التمييز بين العيب والنقص
١٤٧	الفصل الثاني : التزامات المقترى
١٤٧	المسرح الأول : دفع الثمن
١٤٧	المبحث الأول : ما يدينه المقترى للبائع
١٤٩	المبحث الثاني : زمان ومكان دفع الثمن
١٥٠	المبحث الثالث : حق المقترى في حبس الثمن
١٥٠	المطلب الأول : حالات ثبوت حق حبس الثمن
١٥١	المطلب الثاني : سقوط حق حبس الثمن

الصفحة

١٥١	المبحث الرابع : ضمانات المبالغ في استيفاء الدين
١٥٦	المبحث الخامس : البيع
١٥٤	المبحث السادس : البيع
١٥٥	الفصل الثاني : دفع عواريف عقد البيع
١٥٥	الفصل الثالث : تسليم المبيع
١٥٩	المبحث الثالث : بعض أنواع البيوع الخاصة
١٥٩	الفصل الأول : بيع الأولياء والوكلاء وشراؤهم لانفسهم
١٥٩	الفصل الأول : بيع الأولياء وشراؤهم لانفسهم
١٦١	الفصل الثاني : بيع الوكلاء وشراؤهم لانفسهم
١٦٣	الفصل الثاني : بيع المظنون المتنازع فيها
١٦٥	الفصل الأول : البيع لغير حامل القسام
١٦٥	المبحث الأول : حكم الاسترداد
١٦٩	المبحث الثاني : إثبات الاسترداد
١٧٠	المبحث الثالث : حالات امتناع الاسترداد
١٧٢	الفصل الثاني : منع حامل القسام والمعاين شراء الحقوق المتنازع فيها
١٧٢	المبحث الأول : منع حامل القسام والمعاين من الشراء
١٧٤	المبحث الثاني : منع المعاملين من التعامل في المظنون المتنازع فيها
١٧٥	الفصل الثالث : المقايضة
١٧٥	الفصل الأول : تعريف المقايضة وأركانها
١٧٦	الفصل الثاني : أحكام المقايضة
١٧٩	الفصل الرابع : بيع ملك الغير
١٧٩	الفصل الأول : مطلق بيع ملك الغير
١٨١	الفصل الثاني : حكم بيع ملك الغير

المحتويات

الكتاب الثاني

(عقد الإيجار)

تأليف

الدكتور / صاحب عبيد الفتلاوي

كلية القانون

عقد الإيجار

فصل تمهيدي

((أهمية عقد الإيجار وخصائصه))

((مقدمة تاريخية))

يُعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المسماة به عقد البيع وبه يستطيع الملاك استقلال أملاكهم واستئجارها ، ويبيع في ذات الوقت لغير الملاك الانتفاع بها لا يملكون ، لذلك فهو من الناحية العملية يعد من أكثر العقود تداولاً إذ لا يستغني عن مباشرته أحد من الناس إلا من يملك كل ما يحتاج إليه ويملكه ما يكفي وهذا هو النادر . (١)

ولم يكن عقد الإيجار مروجاً في المصور الأول للإنسانية وقد ان كسان النظام الاجتماعي يقضي بوجود طبقتين من الناس : ثالثة لها ، طبقة للملاك وهؤلاء كانت لهم الأرض والبيوت ، وطبقة العبيد يسكنون في الأرض ويخضعون في البيوت لحساب أسيادهم فلم يكن هناك حاجة لعقد الإيجار . ولكن هذه الحالة الاجتماعية لم تدم ، وما لبث أن تكون بالتدريج طبقة وسطى بين الطبقتين ، من إلى طبقة أعلى ، وملاك أضعافاً ما يملكون واضطروا إلى سعي عبيد تحرروا فارتقوا نلوا أسباب العيش من كسب أيديهم ، فهبطوا إلى طبقة أدنى ، وتقابل الفريقان فكان منهم ومن نسلهم تلك الطبقة الوسطى ، وهذه كانت نسل في أرض الملاك وتكون بيوتهم ، ولذلك نشأت الحاجة إلى عقد الإيجار ، لتجديده العلاقة القانونية بين الطبقتين ، ومال الملاك من جهة أخرى إلى استقلال أملاكهم بطريقة الإيجار ، بعد أن تحرر عدد كبير من العبيد ، فلم يعودوا يستطيعون استقلال الأرض بواسطة العبيد ، وأخذت الطبقة العاملة تستغل الأموال وتسلم الثمن مع أصحاب هذه الأموال وتدفع لها نصيبها في شكل أجرة بموجب عقد إيجار ، وسكنت طبقة الملاك إلى هذه الحالة فدخلت في تشييد المنازل لإيجارها لمن لا قبل له باقتلاك

(١) كاظم الشيخ جاسم - أحكام إيجار المسكن وفقاً للقوانين الخاصة - مطبعة
عمل البيت - كربلاء ١٩٦٧ - ص ٧٧

المسكن الذي يلوى اليه ، وعاد ذلك بالفائدة على الفريقين ، لفريق المؤجرين
يستغلون لمزاياهم على خير وجه ، وفريق المستأجرين ينتفعون بالنسيء السقي
لا يستطيعون استهلاكه (٦) .

والإيجار في الشريعة الإسلامية ثابت بالكتاب والسنة والاجماع وهو مقيد
بغير تملك الخاق بموش ويرفونه بأنه يحد على منظمة مباحة معلومة تأخذ شيئاً
فشيئاً مدة معلومة عن عين معلومة أو موصولة في النية أو أصل معلوم بموش
معلوم . ويأتي المواد التشريعية الإسلامية بنظام الإيجار وفقاً للمرجع والمشفة من
المبادئ وقد وردت أحكام الإيجار في المواد (٤-٤-٦١١) من مجلة الأحكام المدلية
والمواد (٤٧٠-٦٢٢) من مرشد البحيران (٧) .

وقد عني القانون المدني العراقي بهذه الإيجار فنصص له الفصل الأول من
الجزء الثاني (المواد من ٧٢٢ - ٨٢٦) ولكن قانون إيجار العقار النافذ رقم ٨٧
لسنة ١٩٢٩ الفصل سبع العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة الصادرة بعده
نفاذ هذا القانون قد قيمت الكثير من أحكام القانون المدني كما ستري .

-
- (١) د . عبد الرزاق احمد السعوي - شرح القانون المدني في المقود - عقد
الإيجار - دار الفكر للطباعة والنشر - بلا سنة ، طبع - ص ٢-٤ .
- (٢) أشار القرآن الكريم في بعض الآيات الى موضوع الإيجار من ذلك مثلاً :- الآية
٢٥ ، ٢٦ من سورة القصص والآية ٧٧ من سورة الكهف .
- انظر في ذلك استاذنا د . سمون العاصري - الرجيز في شرح المقود المسببة
- عقد الإيجار - ط ٢ - مطبعة المائي - بغداد ١٩٧٤ - ص ١٩٩ . د . ذكية
عبد الفتاح ، د . جعفر المصلي - الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات
الإيجارية في ضوء قانون العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ . وزارة العدل
مركز البحوث القانونية - بغداد ، ١٩٨٤ - ص ١ .

ثانيا - أهمية عقد الإيجار

لنظام الإيجار أهمية بالغة ، فهو من الناحية الاجتماعية يعد الوسيلة التي تمكن بها الطبقة المتوسطة أو الطبقات الضعيفة اقتصاديا في المجتمع من الحصول على مسكن ياورها دون أن تضطر إلى دفع تكاليف إنشاء هذا المسكن - وهو النظام الذي يمكن طبقة المزارعين البسطاء من استغلال الأرض والمعيش على ما تيسر ثمارها - كما يعد الإيجار وسيلة يتمكن بها أفراد المجتمع من الانتفاع ببعض المنقولات التي لا يستطيعون شرائها أو ميازمتها .

إن عقد الإيجار هو أكثر العقود شيوعا بين الأشخاص فقنا نجد شخصا في المجتمع لا يكون موجرا أو مستأجرا سواه بشكل مباشر أو غير مباشر - لذلك فإن الهيكل الاجتماعي لأي مجتمع يشتمل على طائفتين ، المؤجرين والمستأجرين . وكلا من الطائفتين تملك في علاقة قانونية مع الطائفة الأخرى بشكل دائم يجعل الاتصال بينهما مستمرا مما قد يثير بعض المخاضات - لذلك يعد عقد الإيجار هو المستقر المنظم لهذه العلاقات - كما يعد التنظيم القانوني الذي يضعه المشرع لهذا العقد من الأهمية بمكان ، حيث يجب أن يهدف هذا التنظيم إلى إقامته هذه العلاقات على شيء من التوازن والتعاون والعمل لتحقيق المصلحة المشتركة لكل من الطائفتين .

وتبرز أهمية عقد الإيجار أيضا في تأثيره على توزيع الدخل بين أفراد المجتمع ، حيث لم يترك أطراف العلاقة الإيجارية أحرارا في الاتفاق على ما يشالون من الأجرة وإنما يحدد في غالبية الدول بفعل التشريعات الاجتماعية والاقتصادية التي تحدد الأجرة (١) .

ومما نذكر الإشارة إليه هنا ضرورة الاعتدال في التوازن بين المؤجر والمستأجر من الناحية الاجتماعية ، كما يجب من الرعية الاقتصادية أن يعطي لكل من رأس المال (ويشبه المؤجر) والعمل (ويشبه المستأجر) نصيبه العادل - وهذا يعني أن اهتمام المشرع يجب أن لا ينحصر في حماية المستأجر باعتباره الطرف الضعيف

(١) د. رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة - عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني - الدار الجامعية ١٩٨٦ - ص ٩ وما بعدها .

في هذه العلاقة وإنما يجب أن ينعنى ذلك إلى رعاية مصالح المؤجرين ، ويمكن
ذلك سيؤدي عدم وجود هذه الرعاية إلى اسباب التلاك من استئجار لمواهبهم مع
ما يترتب على هذا الامر من تغير لخطط الدولة الحالية وإنما نحو حل جذري للأزمة
انتمى ياهم فيه الخطا الخاص يشكل فمالي (١) .

الثالث - تعريف عقد الإيجار

تنص المادة (٧٢٢) من القانون المدني المراقى على أن ((الإيجار تسليم منفعة
معلومة بموعد معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من
الانتفاع بالمتاع (٢))) (٣) .

ويتبين من هذا التعريف أن في عقد الإيجار تكون بصحة طرفين مؤجر
ومستأجر ، يلتزم الأول بجعل الآخر منتفعاً بشيء معين لمدة معلومة في مقابل
لمن معلوم لهذه المنفعة يسمى بالاجرة . ويستفاد من هذا التعريف أيضاً بأن
عناصر الإيجار هي التمكن من الانتفاع بالشيء والمدة .

لقد تأخر التشريع العراقي كما يبدو - في تعريفه لعقد الإيجار بقية الشريعة
الإسلامية وبالتعاريف العديدة التي وردت في هذا الفقه التي تشير إلى أن
المؤجر لا يلتزم بمنح المستأجر يتطوع بالشيء المؤجرة بل هو يلتزم بتسليم

(١) - السهوي - المصدر السابق - ص ٦ ، د - كمال قاسم نوري - عقد
الإيجار - ط ٢ - مطبعة اوقصيت الوسام - بغداد ١٩٧٦ - ص ١٠

(٢) يعرف القانون المدني المصري عقد الإيجار في المادة (٥٥٨) منه بأنه
((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين من
مدة معينة لقاء أجر معلوم)) كما يعرف قانون التوجبات والنفود اللبناني في
المادة ٥٢٢ منه بقوله : ((إيجار الأشياء عقد يلتزم به المرء أن يولي شخصاً
آخر حق الانتفاع بشيء ثابت أو متحرك أو بحق ما لمدة معينة مقابل مبلغ
يلتزم هذا الشخص أدائه اليه) .

المصلحة للمستاجر ونزكته ينتفع بالعين إلا أنه مع ذلك خالف هذا الفقه فيما يتعلق بطبيعة الالتزام الملقى على عاتق المؤجر حيث جعل هذا الالتزام ايجابياً من خلال ضرورة تمكين المؤجر للمستاجر الانتفاع بالمأجور - لذلك يذهب بعض الاساتذة (١) الى ان التفتين المرافى حاول ان يؤلف بين الفكرتين المتعارضتين - الفكرة السلبية والفكرة الايجابية - فجمع بينهما في تعريفه للايجار في المادة (٧٣٣) ، إذ ان العبارة الاولى مأخوذة من لغة الشريعة الإسلامية وتوحى باعتقاد المذهب السلفى في تصوير التزامات المؤجر ، وكان من نتائجها ما تضمنته به المادة (٧٤٩) من ان على المؤجر معه تجهه الاجر لفحص الشروط تصجيله ان سلم المأجور للمستاجر بالحالة التي هو عليها وقت العقد ، كما العبارة الثانية من المادة (٧٤٩) فتوحى بالاختصاص بالمذهب الايجابى في تصوير التزامات المؤجر ، وكان من نتائجها ما قصت به المادة (٧٥٠) من الزام للمؤجر بصيانة العين المؤجرة ، بحيث اذا امتنع عن ذلك كان للمستاجر ان يفسخ الإيجار او ان يقوم بالتبريم بأذن من المحكمة ويرجع على المؤجر بما صرفه من المأجور المتوقف . ولكن يمكن القول ان هذا المزج تطلب عليه في بطلته الصفة الايجابية (٢) .

ولا شك بان هذا الوضع التوفيقي للمشرع العراقي في تعريفه لفقه الاجار قد اوقعه في شئ من التناقض كان سبباً لكثير من الانتقادات التي وجهت اليه كما سنرى -

(١) حيث عرفت المادة (٥٧٧) من مرسوم الميراث الاجار يانه ((تملك المؤجر للمستاجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في التسرع ونظر العقار بموجبه يصلح اجراً)) كما عرفته المادة (٢٥٠) من مجلة الاحكام العدلية بأنه ((بيع المنفعة المطلوبة في مقابل عوض معلوم)) وهذا لا يتعارض مع تعريفه للايجار في لغة الشريعة الإسلامية - للمزيد من التفاصيل عنها - انظر د - السديري - المصدر السابق ص ١٦ وما ورد فيها من هوامش ، ص ١٧ .
(٢) د - سليمان عراقي - القول في شرح فقه الاجار - ١٩٥٤ - ص ٢١ .

رابعاً - خصائص عقد الإيجار

يمكن أن نستخلص من التعريف المذكور لعهـد الإيجار عدة خصائص نوجزها كما يلي :-

١- الإيجار عهـد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، فهو يشترط مجرد توافق إرادة الطرفين المتعاقدين أي كانت الوسيلة التي اختارها للتعبير عن إرادتهما فينعقد الإيجار بالكتابة والمشفاهة أو الإشادة العادلة ~~أو~~ إلا أن هذه القاعدة لاتعد من النظام العام ، ولذلك فليكن هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على اشتراط الكتابة وكما للاعتقاد أو من أجل إثبات العقد .

ومع أن الأصل في عهد الإيجار أنه عهد رضائي إلا أن قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل أوجب كما نعتقد أهرام عقود الإيجار كتابية بالنسبة لمقاربات القاضية لاحكامه) . ونستطيع استنتاج ذلك من خلال بعض النصوص كمنـى الفقرة الرابعة من المادة السابعة التي تلزم المؤجر أيداع نسخة من عهد الإيجار لدى حائرة شريفة المقار التي يتسبب المأجور في منطقتها خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ أبرامه . وبمكس ذلك سيتعرض المؤجر للمعقبة التي نردتها الفقرة الثانية من المادة الثالثة والعشرين من هذا القانون التي تتراوح بين الجسم مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبفراصة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بأحدى حائتين العنوين - ولا شك بأن مثل هذا النص وغيره من النصوص لا يجعل من عهد الإيجار عهداً شكلياً وإنما الفرض منه فرض من نوع من الرقابة من قبل الجهات المختصة والتأكد من مدى مراعاة المتعاقدين لاحكام قانون إيجار المقار ومضى الالتزام بالنسب للقررة قانوناً لبدلات الإيجار -

٢- الإيجار عهد ملزم للجائين أو من المقرة التبادلية . حيث يولد التزامات متقابلة تقع على هاتين كل من أطرافه . فالمؤجر يلتزم بتسليم المأجور وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وأجراء الإصلاحات الضرورية في العين المؤجرة . ويلتزم المستأجر بالوفاء بالأجرة وبأجرة الترميمات القاجرية

وعدم استعمال المأجور خلافا للأغراض المبينة في عقد الإيجار بما يفرضه على ذلك إرادة لصحة المأجر أو إلحاق الضرر بالمأجور (١) . ويظهر ذلك من الالتزامات التي منهاها لخطا .

وتمتصت التزامات الطرفين ارتباطا وثيقا بحيث لو أخل التزام أحدهما أو انقضى بطل الالتزام المقابل وانقضى . وطالما كان عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين فإنه يخضع لقواعد الفسخ اذا تدخل أحد أطرافه بالتزام من التزاماته .

عقد الإيجار من عقود المعاوضة . وذلك لأن كلا من طرفيه يأخذ مقابل ما يعطي / وحده من الصفات التي يشترك فيها الإيجار مع عقد البيع . فالمأجر يأخذ الاجرة مقابل المنفعة التي يستوليها المستأجر من المأجور والعكس صحيح وعلى ذلك يختلف عقد الإيجار عن العارية التي يترك المجير بمقتضاها

منفعة الشيء للمستأجر بلا عوض (٢) .
منه ما يشبه المقتضى الذي يشترط في المقتضى / راجع روبرت ميسر
عقد الإيجار عقد يرد على المنفعة . لأن الغرض منه هو تمكين المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة معينة يعود بهما إلى المأجر / فهو لا يؤول للمأجر أي حصة على الشيء نفسه بمكنة من التصرف فيه . وهذا ما يميز عقد الإيجار عن البيع الذي يضمن به نقل ملكية المبيع إلى المشتري . بحيث يكون له قبلا من استعماله واستغلاله / إذ يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات القانونية والمادية . ولا كان الإيجار يرد على المنفعة . فإنه لا يكون إلا على الأشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر . فلا يرد على تلك التي تستهلك من أول استعمالها لها (٣) .

(١) م ١٧/ق ٥ من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢) المادة (٨٤٧) مدني عراقي . المادة (٦٢٥) مدني مصري .

العربية - ١٩٦٧ - ص ٢٠ .

(٣) ٢٥ محمد لبيب شنب - الوجيز في شرح أحكام الإيجار - دار النهضة

٢ - توفيق حسن قرج - عقد الإيجار - الدار الجامعية - بيروت ١٩٨٤ -

ص ١٤ .

جـ - الإيجار من عقود المنة أو المدة الزمنية فالزمن عنصر جوهري فيه .
 بذلك يختلف عن العقود الفورية التي لا يلعب فيها الزمن دوراً
 جوهرياً (١) . وعلى هذا الأساس يرتبط تنفيذ عقد الإيجار بمدة معينة .
 لمنفعة الشيء المؤجر لا تمنح للمستأجر إلا إلى أجل معين وذلك على خلاف
 عنه البيع الذي تنتقل فيه ملكية الشيء نهائياً إلى المشتري . وطالما كان
 عقد الإيجار من عقود المنة فإنه لا يمكن الحصول على المنفعة كلها فور انعقاد
 العقد وإنما يلزم الزمن ليتم الحصول عليها ، ولذلك إذا فسخ عقد الإيجار
 أو أبطل فإنه لا يمكن أنكار الآثار التي ترتبت على العقد قبل الفسخ أو الإبطال
 فهي آثار قد تحققت وانتهت .

وطالما كان عقد الإيجار يرتبط بمدة معينة فهو لذلك عقد مؤقت لا يمكن فيه
 أن تكون منفعة العين المؤجرة قد منحت للمستأجر بدون تحديد مدة (٢)

جـ - عقد الإيجار يعد من أعمال الإدارة إلا من عقود التصرف كالبيع ، لأنه
 يعتبر وسيلة لاستغلال الشيء والحصول على ثماره وهو يرتد التزامات
 وحقوقاً شخصية ، وهذا هو الأصل . ولذلك لا يشترط له المؤجر لكسب
 يكون له الحق في إبرام عقد الإيجار إذاً تكون له أهلية التصرف وإنما يكفي هنا
 أن يتمتع بأهلية الإدارة فقط .

فانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ المعدل فإنه يشهد اعتماداً قانونياً
 ويلاحظ أن عقد الإيجار إذا كان وارداً على القواعد الخاصة بالحكام
 بنشر حد أقصى لهذا الاعتماد (٣) . والسؤال الذي يطرح هنا هو : هل
 يعد عقد الإيجار في ظل هذا الاعتماد من أعمال الإدارة ، أم أن عدم
 تحديد المدة يجعل هذا العقد خارجاً ضمن أعمال التصرف ؟

(١) د . سمير عبد السيد تناغر - عقد الإيجار ط ٢ - منشأة المعارف
 بالاسكندرية ١٩٧٠ - ص ٥ .

(٢) د . رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ٢٠ .

(٣) تنص المادة الثالثة من قانون إيجار العقار على ما يلي « لا يمتد عقد الإيجار
 بحكم القانون بعد انتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً للعقار وصاعداً على
 دفع الإجرة طبقاً لأحكام هذا القانون »

إن القاء نظرة فاحصة على أحكام قانون إيجار القار وبشكل خاص المادة الثالثة منه يبين لنا أن المستأجر إذا ظل منفذاً لالتزاماته المقررة في القانون ، فإن المؤجر لا يستطيع إخراجه من المين المؤجرة إلا إذا توفّر سبب من أسباب التخلية التي سندرسها تفصيلاً فيما بعد . وهذا يعني أن للمستأجر الحق في البقاء في المأجور بعد انتهاء عقد الإيجار لمدة غير محددة ولم يعد للمالك تبعاً لذلك كامل الحرية في الانتفاع بملكه والتصرف فيه بالتأجير لمن يشاء وبالأجرة التي يراها . إن هذا الاقتطاع من سلطات المالك على ملكه قد حدث لسبب المستأجر حيث اكتسب الأخير سلطات على ملك غيره لم يكن مسنّ شأن الحق الشخصي في الأصل إن بولدها . ولم يعد للمالك في حقيقة الأمر سوى الحق في تحصيل الأجرة وكأنه قد أصبح من ذوي الرواتب الثابتة كل شهر .

فما للمستأجر فقد أصبح انتفاعه بالمين المؤجرة شبه دائم . ولهذا يبدو أن للمستأجر طبقاً لقوانين إيجار القار أن يستمتع ببعض مزايا الحق العيني . ولهذا الأسباب ذهب بعض الإلمانية المصنّين بشرح أحكام قوانين الإيجار (الخامسة) إلى أن تأجير العقارات الخاضعة لهذه الأحكام ينبغي أن يقيـل أحوال التصرف ولذلك لا تعبّ أهلية التأجير إلا لأن كانت له لمصلحة التصرف في خصوص هذه العقود (٦) .

تفصيلاً - تمتد عقد الإيجار عن غيره من العقود

يختلف الإيجار عن غيره من العقود - لماذا كان الإيجار من العقود التي ترد على الثمرة ، فإنه يختلف عن البيع الذي يرد على الملكية حيث تنتقل فيه الملكية إلى المشتري ، كما يختلف عن العقود التي ترد على عمل الإنسان كمقدّ المبل وعقد القاول . وهو يختلف عن العقود التي لا يوجد فيها مقابل كالتعزية . ويختلف أيضاً عن الوديعة لأن المودع عنده لا يتقاع بالشيء ، كالمستأجر ، وإن كان المستأجر يلتزم برد الشيء ذاته في نهاية الإيجار فإن بذلك يختلف عن القرض ٣ لا يرد القرض الشيء ذاته . يسئل مظهر .

(٦) مزيد من التفاصيل راجع مؤلف د . رمضان إير السعد - المصدر السابق - ص ٣٦ وما بعدها .

ومع وضوح خصائص عقد الإيجار فقد تدق التفرقة بينه وبين بعض العقود الأخرى لدرجة يصعب معها تحديد طبيعته العقد ووصفه . ولـ هذه الحالة لتور مشكلة معرفة ما هو العقد الذي نواجهه .
وقد يكون من المفيد أولا الرجوع الى الوصف الذي اعطاه الطرفان للعقد حيث يجب أن يعرفا قبل غيرهما ما ارادا عمله . ومع ذلك ينبغي النظر لعدم الأخذ بهذا الوصف كإمر مسلم به ، ذلك ؛ لأنها قد يخطئان في الوصف وقد ينفيان - عن قصد - حقيقة العقد . ولهذا يجب الاعتماد بالوصف الفعلي . وتخضع المحكمة في تكليفها للعقد الذي يرضى عليها لرقابة محكمة التمييز (١) .

وتعرض فيما يلي للتمييز بين الإيجار والوديعة والمارة وعقد العمل وحقوق المنتفع . أما التفرقة بين الإيجار من جهة البيع والمقايضة من جهة أخرى فمستوفى لانغوض فيها نظرا لأن هذا المؤلف يتطرق لتسريح عقود البيع والإيجار والمقايضة بشكل يمكن الطالب من التمييز بينهما الى حد بعيد . ومن الجدير بالذكر أن بعض الإسماتفة المعنوية بهذا الموضوع ذهبوا الى تمييز عقد الإيجار عن أمور أخرى غير ما تقدم ، من ذلك مثلا تمييز عقد الإيجار عن الشراكة ، الوكالة ، حوالة الحق بمقابل ، حق الارتفاق (٢) .

١ - الإيجار والوديعة :-

الإيجار عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتسم الا بالتبضع (٣) . وبذلك يشترك الإيجار من الوديعة ، لأن الأمر الأساس في عقد الإيجار هو الانتفاع بالشيء بينما يكون هذا الأمر في عقد الوديعة من حفظ الشيء المودع . ولهذا لا يدفع الوديع أجرا ، بل من الجائز أن يشفق مع المودع أن يتنازل عن الأجر عن حفظه للوديعة . ويلتزم الوديع برد الوديعة الى المودع بمجرد طلبه

(١) د. توفيق حسن كرج - المصدر السابق - ص ١٧ .

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع د. رمضان أبو الميمود - المصدر السابق ص ٦٢ .

د. سمير عبد السيد تافور - المصدر السابق - ص ١٦ .

د. المنهوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ٢٤ ، ٤٠ .

(٣) م ٢٥٦ مدني عراقي وانظر أيضا م ٧١٨ مدني مصري م ٦٩٠ موجدات ومقرود لبناني .

الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لحسبة الوديعة + وللوذيع ان يلتزم المودع بتسلم الشيء في اى وقت الا اذا ظهر من العقد ان الاجل قيد عين لمصلحة المودع (٦) اما المستاجر فلا يصل انه لا يلتزم برد العين المؤجرة الا بعد انقضاء عقد الايجار (٧) .

وعلى الرغم من هذه الاختلافات الاساسية بين التدين نكاح من المتصور ان يحتلها مع بعضها في معنى الصور :- فالعقد الذى تسمح بقتضاء أداة احد الجاهل لاحد الاشخاص يوضع اشياء تنصبه للعرض على الجمهور في مقابل مبلغ معين هل يعتبر ايجارا ام ودية لهذه المروضات ؟

تمت المحاكم الفرنسية في بعض احكامها باعتبار العقد ودية ، وفي احكام اخرى باعتبارها ايجارا ، وفي احكام غيرها باعتبارها عقدا غير مسمى ، والامر يتوقف في الواقع على ما اذا كانت ادارة العرض تلتزم بحفظ الاشياء للمروضة ام انها تتركها للكلان لمصاحب المروضات بحسبها بنفسه (٨) . والعقد الاخر الذى اثار اکتس من غيره جدلا في الفقه واقتضاء هو العقد المتعلق بالخزان الحديدية في المصارف التي شاع استعمالها الى الآن ، وكان الرئي السائد في الفقه واقتضاء ينحسب الى اعتبار هذا العقد ايجارا للخزانة (٩) . وهناك رأى آخر ينحسب الى اعتبار هذا العقد ودية على اساس ان التزام المصارف بالمحافظة على الخزائنه التزام جوهرى ولو كان المصارف مؤجرا للخزانة لكان التزامه بالمحافظة علبيا التزاما ثانويا ، في حين ان السبيل انما تعاقد مع المصارف للحصول على هذا الالتزام (١٠) .

وبلاحظ استاذنا د . سعدون العامري يحق ان هذا العقد ليس عقد ودية مادية وانما هو من عقود الحفظ المهنية حيث تدينه الشخص الودية لماجورة حرقه

- (١) انظر م ٩٦٩ مدني عراقي م ٧٢٢ مدني مصري م ٧١١ مرجبات وعقود لبناني
- (٢) د . سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٠٤ -
- (٣) د . سبر عبد الحميد ذناخر - المصدر السابق - ص ١٢٠
- (٤) د . السنهوري - المصدر السابق - ص ٣٦ ، د . عباس الصراف - شرح فقهي البيع والايجار - مطبعة الامالي - بغداد - ١٩٥٦ - ص ٢٩٥
- مجلس - شرح عقد الايجار - ص ٢٤٠
- (٥) السنهوري في رايه الاخر المشار اليه في مؤلفه الوسيط ، ج ١ ، ل ١٠ ص ١٧٧

له كساحب المزاب (الكراج) بالنسبة الى السيارات التي تودع عنده ، والمصرف
بالنسبة الى الخزانه كما لاحظنا - (١)

ويبدو ان جانباً من الفقه المصري (٢) حاول التمسك بين الاتجاهين فذهب
الى اعتبار هذا العقد مراكبا من الايجار والوديعة ، حيث يجب ان تطبق عليه
احكام الايجار فيما يتعلق بالانتفاع بالخزانه وعدة العقد والاجرة ، واحكام
الوديعة فيما يتعلق بحفظ الخزانه وحراستها ، فاذا تعارضت احكام هذين التقديرين
وجب تغليب احكام الوديعة لان الغرض الاساسي من العقد هو الحفظ ، في حين
لم يكن ايجار الخزانه الا وسيلة لتحقيق ذلك الغرض . بينما اتجه راي آخر
صوب اعتبار هذا العقد غير مسمى تطبق بشأنه احكام العقد المثلث المثلث اليه - وهو
عقد الايجار - (٣)

وقد حسم القانون اللبناني الخلاف حول هذا الموضوع وأخذ بما اتجه اليه
الرأي من قبل في ظل القانون الفرنسي ، معتبرا ان قواعد الايجار هي التي تطبق
وان كان يراعى انه تنص كذلك على التزام المصرف بإقامة الخزانه وحفظها - فقد
نصت المادة (٢٠٩) من قانون التجارة اللبناني على ان ((الودائع التي توضع
في الصناديق الحديدية عن سلامة الصناديق المأجورة (٤) - (٥))

(١) د - سميرن المصري - المصدر السابق - ص ٢٠٥ .

(٢) د - محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ٢٠٤ .

جاءل العدوي - عقد الايجار - بيروت - ص ٢٢ مامش (٢) وكذلك بند ١٠٠
ص ١١٩ - واتفق مع هذا الرأي د - توفيق حسن فرج - المصدر السابق ص
٢٢ .

(٣) د - دشان ابو السعود - المصدر السابق ص ٦٠ .

(٤) د - توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٢٢ .

٢ - الإيجار والمعارضة

١) الإجارة - عقد به يطم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله - بلا عوض على أن يردّه بعد الاستعمال ولا تنم الإجارة إلا بالقبض ■ - والنسب يميز المارية كما هو واضح من هذا النص أنها مجانية أي من حقوق التبرع ، فلذا استلزم عنها هذا الوصف واشترط مقابل للانتفاع فخصت وصفها باعتبارها عارية . وسرت عليها أحكام الإيجار . وتختلف المارية عن عقد الإيجار في أن المدة الأخير قد رضائي ، أي حين أن المارية تعتبر من العقود السليبة التي لا يكفي التراضي لانعقادها بل لابد من القبض لتماثلها . ومع ذلك فإن كلا من الإيجار والمعارضة يشتركان في أن الفرض منهما هو تلبية المستاجر أو المستعير من الانتفاع بالشيء المؤجر أو المعار .

وعلى الرغم من وجود هذه الفروق البينة بين الإيجار والمارية إلا أن الميسر قد حصل بينهما في بعض الحالات التي كانت مدعاة للنقاش والاختلاف بين سائفة القانون :

من ذلك مثلاً حالة ما إذا باع شخص منزلاً واستبقى لنفسه حق السكن فيها مدة معينة بعد البيع أو إذا باع شخص لآخر أرضاً استبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلاً . فهل تنبئ هذه الحقوق بناء على عقد عارية دون مقابل ، أم أنها تنبئ بناء على عقد إيجار بمقابل ؟ يذهب جانب من الفقه إلى أن المدة هنا يعتبر إيجاراً لأن هناك مقابل للانتفاع خصم من ثمن البيع (٢) . ولكن الفقه الحديث يميل إلى عدم اعتبار العقد إيجاراً لما يترتب على اعتباره كذلك ضرورة تطبيق قوانين إيجار المقار وما يترتب على ذلك من امتداد قانوني للعقد . وكذلك يعتبر العقد بيعاً فقط بارتفاع فيه مكون من عنصرين أحدهما تسليم المبلغ المتفق المتفق عليه والثاني ثبوت حق السكن بالمنزل والاستفادة من حق الصيد لمدة معينة (٣) .

(١) م ٨٤٧ مدني هراقي .

(٢) السنيوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ٢٩ .

د - صفيان مرالس - شرح عقد الإيجار - ص ٢٤ .

(٣) د - صبير عبد السيد تناغو - المصدر السابق - ص ١١ .

وفي بعض الحالات قد تقوم الجهات الرسمية بتأجير قطعة ارض لأحد الاندية مثلا لاثامة ملعب رياضي بأجر رمزي أو تائه ، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد إيجار حقيقي نظرا لثختلف الاجرة وإنما بصدد عارية ، ويعتبر العقد هنا عارية حتما ولو سماه الطرفان إيجار . وكثيرا ما يقع هذا بين بعض الاثرياء والجمعيات والهيئات الخيرية ، حيث يتبرعون بأماكن تخصص لاستعمال تلك الهيئات في تحقيق بعض اغراضها ويعودون عفوا يذكرون فيها انهم يؤجرون تلك الاماكن وانهم تنازلوا عن الاجرة التي قبضوها لمدة طويلة - فالمعقد هنا يعتبر في حقيقته عارية وليس إيجارا (١) -

٣ - الإيجار والعمل :-

عقد العمل هو الاتفاق بين العامل وصاحب العمل ، يلتزم فيه العامل بأداء الاجر المتفق عليه للعامل (٢) - (٣) وعلى هذا الاساس فالمقصود بالعامل من الناحية القانونية ((كل من يؤدي عملا للآء أجبر ، ويكون تابعا في عمله لإدارة ونوجيه صاحب العمل الذي يقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملا أو أكثر لقاء اجر (٤) - والعامل يختلف عن الإيجار كما هو ظاهر فسي انه لا يقوم على الانتفاع ينس ، بل بخدمات العامل - ولم يمنع هذا القانون الفرنسي من اختيار العمل نوعا من الإيجار ، فهو إيجار لعمل العامل على اساس نظرية اقتصادية كانت سائدة في بداية القرن التاسع عشر عند وضع العقين الفرنسي - يعتبر العمل على اساسها سلطة يجوز تأجيرها كما تؤجر الاشياء ، غير أن هذا النظر لم يمد له مجال في الوقت الحاضر بما اوجب انفصال عقد العمل عن عقد

(١) انظر د. توفيق حسن قسروج - المصدر السابق - ص ٢٧ ، د. السنهوري - الوسيط - ج٢ - ف٢ -

(٢) م ٢٩٤ من قانون العمل المراتي الجديد رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٧ وقد اصطلحت لكافة سنة ١٧٤٤ من القانون المدني المصري ((عقد العمل هو الذي يقصد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر تمت ادائه أو اشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)) -

(٣) م ٨٢ / ٢ من قانون العمل المراتي الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧

الإيجار باعتباره أن أحدهما يرد على عمل الإنسان بينما يعود الآخر على الانتفاع
بشيء (١) .

ومع ذلك لا زال هناك مجال للشك في معرفة طبيعة بعض العقود وهل أنها
عقود عمل أم عقود إيجار . فإذا استأجر شخص مركبة يساقها من صاحبه
مركبات لنقل أمتعة ، فهل يعتبر العقد واقعا على عمل السائق أو على الانتفاع
بالعربة ؟ يرى الأستاذ السنهوري أن العبرة هنا بسل السائق فيكون هذا
الإنفاق عقد عمل - وإذا تعاقدت شركة مركبات مع سائق على أن تعطيه مركبة
مستفادها للتنقل على أن يعطى للشركة ربحا معيناً ويغطي الأرباح بإنهاء لفه ،
فهل يعتبر هذا الاتفاق عقد عمل ويكون السائق عاملا لدى الشركة ، أم إيجار
ويكون السائق مستأجرا للعربة من الشركة ؟

يفضّل القضاء الفرنسي أن الاتفاق هنا عقد عمل ، لأن صلة السائق بالشركة هي
صلة التابع بالتبعية ، وأجر السائق على عمله هو الفرق بين أرباح العربة وماهية
المال في الشركة فهو أجر متغير وهذا جائز في عقد العمل (٢) .

وعلى كل حال فلا أساس الذي يجب اعتباره لمعرفة طبيعة العقد وهل أنه
عقد عمل أم إيجار ينبغي في ضرورة مراعاة مدى ما يكون للشركة لو رب العمل
من حق الإشراف والتوجيه ، فإذا كان للشركة أو رب العمل مثل هذا الإشراف
والتوجيه بما ينضوي تحت مفهوم عقد العمل والمقصود بالعامل كنا بصدد عقد
عمل ، أما إذا لم يكن لهذا كذا قصد عقد الإيجار (٣) .

(١) د - صير عبد السيد تناقو - المصدر السابق - ص ١٦ .

(٢) د - السنهوري - عقد الإيجار - دار الفكر للطباعة والنشر - المصدر السابق -
ص ٤٣ .

(٣) انظر : د - سمير المصري - المصدر السابق ص ٢٠٧ .

الإيجار وحق الانتفاع

يلعب حق المنتفع حق المستأجر من وجوه كثيرة ، فكل من المنتفع والمستأجر ينتفع بنفسه - لا يملكه ولده مينة - إلا أن الحظين يختلفان أيضا من وجوه كثيرة أهمها :

(١) أن حق المستأجر حق شخصي ، أما المنتفع فحقه ممتد ، ويترتب على ذلك أن المنتفع يستطيع أن يوهن حقه وهذا رسميا - أما المستأجر فلا يستطيع ذلك .

(٢) حق المنتفع يقتضي حقا يورثه ، أما حق المستأجر ، فهو يورث منه إلا أن انتفى العقد على عدم انصراف أثره إلى ولاة المستأجر .

(٣) حق المنتفع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، أما حق المستأجر فهو بعوض دائما .

(٤) أن حق المنتفع يكون مقصورا على سبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية كالعقد والرخصة والهبة ووضع اليد وغيرها هذا المبدأ ، أما حق المستأجر فيصدره العقد دائما .

(٥) أن حال الانتفاع لا يندرج في التزاما عاما على عاتق مالك الرقبة هو أن يترك صاحبه حق الانتفاع يتمتع بالشيء ، أما عقد الإيجار فإن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع هو التزام إيجابي يقتضي أن يستمر المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر طوال مدة عقد الإيجار .

وعلى الرغم من هذه الفروق الواضحة فإن الإيجار يلتبس بالانتفاع في بعض الحالات :-

١ - الإيجار متى حياة المستأجر قد يلتبس بحق المنتفع ، لأن كلا منهما لا يورث بل ينتهي بموت المستأجر أو المنتفع - على أنه من المتفق عليه أن الإيجار قد يكون لدى حياة المستأجر دون أن يكون له من وراء ذلك حق عيني على الشيء المؤجر لأن طول المدة وقصرها لا تأثير له في طبيعة العقد .

٢ - هناك عقود الإيجار التي مبرم لعترات طويلة وتعمل للمستاجر حقا عينيا على العين المؤجرة ، من هذه العقود عقد المحكر (١٦) وهذه العقود لا يجوز الخلط بينها وبين عقود الإيجار العادية لأنها تعطي للمستاجر حقا عينيا ، ولكن من ناحية أخرى لا يجوز لهذا السبب وحده خلطها بحق الانتفاع لأنها تستقل في الولاية على عكس حق الانتفاع السفلي يقتضي بقاء الملتفع (١٧)

داجعا - التنظيم القانوني لعقد الإيجار

نظم المشرع العراقي عقد الإيجار كما أسلفنا في مواد (٧٢٢ - ٨١٦) من القانون المدني ، إلا أنه اضطر إلى التدخل شأنه في ذلك شأن الكثير من الدول لوضع قواعد قانونية خاصة تنظم العلاقة بين المؤجر والمستاجر وتستجيب لمتطلبات الاقتصاد والاجتماعية .

وعلى هذا الصعيد صدرت في العراق الكثير من القوانين ، كقانون الإيجار والاستئجار رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٢ ثم القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٤٣ وقانون مرعية اجارة العقار رقم (٣٩) لسنة ١٩٤٥ وقانون الفد قانون مراقبة اجارة العقار عن الاوقاف رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٧ - ثم صدر حد ذلك مرسوم مراقبة اجارة العقار رقم (٩) لسنة ١٩٥٣ والقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٥٦ الذي ألغى بموجب القانون رقم (٦) لسنة ١٩٥٨ (١٨) وكان آخر هذه السلطة من التغييرات القانونية قانون تنظيم اجارة العقار رقم (١٧) لسنة ١٩٧٣ وتعديلاته

(١) وهو عقد يحصل المستكر حقا عينيا في الأرض المحكرة ويضع مادة على أرض خربة يقتضي استصلاحها مدة طويلة .

(٢) - انصوري - عقد الإيجار - المرجع السابق - ص ٤٤ ، ٤٥ .

د - تناغر - المصدر السابق - ص ٢٩ .

د - رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ٦٩ .

د - العامري - المصدر السابق - ص ٢٠٨ .

(٣) د - عصمت عبد المجيد بكر - اثر النزاع الاجتماعي في تطور عقد الإيجار

(دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير في القانون مقدمة الى كلية القانون لسي

جامعة بغداد - ١٩٧٢ - ص ٢٤ .

إن من أهم صفات قانون إيجار المساكن أنه يفيد حرية المتعاقدين في تحديد
الاجرة ، وكذلك يقرر الامتداد القانوني لطود الإيجار مريضاً أسباباً معينة
للتخلف ، والقواعد التي يضمنها في هذا الشأن تعد من النظام العام ولا يجوز
الاتفاق على عكسها . . . ويلاحظ أنه إذا لم يوجد حكم خاص في قانون إيجار
العقار فإن أحكام القانون المدني هي التي يجب تطبيقها ، لأن قانون إيجار العقار
لا يحتوي كما هو معلوم على كل القواعد الواجبة التطبيق بمقتضى الأبحاث . لهذا
فإن القانون المدني يظل منطبقاً خارج كل الحالات التي يمس فيها التعارض .
فقط عن كل ما لا يرضى له قانون إيجار العقار بالتنظيم .

وقرارات مجلس قيادة الثورة المتعلقة بإصدار الشا . لم صدرت قرارات من مجلس قيادة الثورة توقف العمل به لغاية ١٩٧٩/٧/١ وإعادة العمل بالقوانين السابقة خلال المهة المذكورة .

وقد وجد أن الإلزامية تقضي بإعادة النظر في القواعد التي يبيت عليها القوانين السابقة تطبيقاً لأهداف الثورة في القضاء على الاستغلال ومنع المشاكل الاجتماعية طبقاً لقواعد العدالة فشرع القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ الذي بني على مبادئ تحديد حقوق المؤجر والمستأجر وتحديد التزاماتهما بتحديد واضح كما بني على الموازنة بينهما فالزم كل طرف بهمة المماس بحقوق الطرف الآخر ، ومنبـح استغلال المؤجر حاجة المستأجر للخدمة ولكن ، ومنع استغلال المستأجر للأجود استغلالاً يترى به على حسب المؤجر (١)

ولم يمض زمن طويل على تاريخ نفاذ قانون إيجار الطار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/١ حتى تعاقبت عليه التعديلات الضيقية لاحتكامه حيناً والوسعة لها حيناً آخر ، ومن التعديلات ما أضاف أمياً جديدة إلى أسباب التخلية المنصوص عليها في القانون ومنها ما جاء مفسراً لبعض أحكامه ليمتها ما منع من طلب التخلية لأشخاص لم يكن لهم من قبل الحق في طلب التخلية ومنها ما نص على وقف نفقة أحكام تخلية الدور التي تشغلها عوائل العسكريين بصرف النظر عن أسباب التخلية (٢) .

(١) راجع بحثنا الموسوم - ملاحظات في قانون إيجار الطار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل - منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون جامعة بغداد - المجلد السابع - العدد الأول والثاني ١٩٨٨ - ص ٢٢٢ .
كاظم الشيخ جاسم - قواعد إيجار الطار - ط١ طبعة الجاهظ ١٩٨٧ - ص ٤٠٤ .

(٢) بحثنا المكمل إليه سابقاً ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

الباب الاول

أركان عقد الإيجار

عند الإيجار كبير، من العقود لا يقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هي :-
التراضي والمحل والسبب . لما كانت هذه الأركان قد فصلها المشرع في
القسم المخصص للمقد وأركانه بصفة عامة ، لذلك يبدو انه لا ضرورة في إعادة
تزييد ها سبق دراسته في النظرية العامة للالتزام ولما تفرض لهذه الأركان إذا
كان في ذلك شئاً جديداً يخص عقد الإيجار ، بالنسبة للسبب في عقد الإيجار
لاستبعد ان هناك شيئاً جديداً يمكن اصاغته في عقد الإيجار . لذلك تكفي بالإشارة
الى نظرية السبب في النظرية العامة للالتزام ، وبمقتضاها يكون الإيجار باطلاً
إذا لم يكن له سبب او كان له سبب ولكنه مخالف للنظام العام او الآداب حسبال
ذلك عقد إيجار منزل يقصد اعداده لأعمال غير مشروعة ، كالدعارة أو القمار ، فإذا
استأجر شخص منزلاً يقصد اعداده لمثل هذه الأغراض كان العقد باطلاً . وفي
هذا تطبيق للقواعد العامة .

أما بالنسبة لركن التراضي في عقد الإيجار فهو محض تطبيق للقواعد العامة ،
ومع ذلك فتوجد بشأنه بعض الأمور التي لابد من الإشارة إليها .

يبقى لدينا المحل في عقد الإيجار الذي يمد مزدوجاً ، فمحل التزام المؤجر هو
المنفعة التي يلتزم بتسليم المستأجر منها ، ومحل التزام المستأجر هو دفع الأجرة
(الخلق عليها أو القفوة بموجب أحكام قانون إيجار المقار) أي المأجر . وكلا
الالتزامين يرتبطان بمصدر مهم هو لغة حيث ان عقد الإيجار يعتبر من
العقود المؤقتة وليس كمعقد البيع الذي يجب ان يكون دائماً .

وبناء على ما تقدم سنعرض لدراسة أركان عقد الإيجار بالشكل التالي :-

الفصل الأول	:- التراضي في عقد الإيجار .
الفصل الثاني	:- المأجور .
الفصل الثالث	:- الأجرة .
الفصل الرابع	:- مدة الإيجار .

الفصل الاول

التراضي فسي عقد الايجار

الايجار كما لاحظنا من العقود الرضائية . يشترط لاستفاده كسائر العقود الاخرى وجود التراضي بين المتعاقدين . ووجود التراضي يكون بتلاقي ارادتي الطرفين على إنشاء عقد الايجار بينهما . وهذا يعني وجود الارادة لدى كل منهما شم التعبير عنها في العالم الخارجي . وقد يكون التعبير عن الارادة صادرا من طرفي العقد او من يمثلهما . حيث يتم التعاقد بطريق النيابة .

ان التعبير عن الارادة لابد ان يتضمن تطابق التعبير عن الايجاب والقبول ، بحيث يكون هذين التعبيرين واحدا ، فلا يختلفان في امر من الامور ، ولكن ذلك لا يعني وجوب ان يتضمن الايجاب والقبول جميع التفاصيل . بل يكفي الا يختلف المؤبر مع المحتاج بشأن هذه التفاصيل ما دام التراضي قد تم بشأن العناصر الاساسية للايجار . فتطابق الارادتين يجب ان يتم بحسب الاصل فيما يتعلق بجاهية الايجار والشئ المؤبر والاجرة ومدة الايجار (١) .

ولكن وجود الرضا لا يكفي وحده لكي ينطق الايجار صحيحا ، بل يلزم ان يكون رضا كل من المتعاقدين صحيحا خاليا من العيوب . وهذه العيوب العسبي تجعل العقد موقوفا هي الاكراه والغلط والخبث مع الشرير . اما الاستغلال فانه لايجعل العقد موقوفا ولكنه يجيز للمتعاقد ان يطالب برفع الخبن عنه الى الحد المسموح وذلك خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد . (٢) .

(١) د - شني - المصدر السابق - ص ٢٧ .

(٢) د - العاصمي - المصدر السابق - ص ٢٠٩ - ١١٢ - ١٢٨ مدني مرافعي . المزيد عن التفاصيل راجع : د - كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٢٤ وما بعدها .

المبحث الأول

الأهلية في عقد الإيجار

لكي يكون الرضا صحيحا يجب ان يكون كل من المؤجر والمستأجر متعصبين بالأهلية اللازمة لإبرام عقد الإيجار . وقد نصت على ذلك المادة (٧٢٣) من القانون المدني العراقي بالقول (١) يشترط لانعقاد الإيجار أهلية الطالبين وقسم العقد بان يكون كل منهما عاقلا مميزا ويشترط لنفاذه كون الماندين عاقلين غير مجبورين ويكون المؤجر حالكا لا يؤجره أو وكيله للمالك أو وليا عليه . ويعد من هذه المادة (١) ان عقد الإيجار الذي يبرمه صغير غير مميز أو لم يبلغ سن السابعة كاملة أو المجنون جنونا طبقا (٢) يكون باطلا لان المجنون والصغير غير المميز عديمي الأهلية .

أما عقود الإيجار التي يبرمها الصغير المميز ومن في حكمه (المسترد والسفيه و ذو القلعة) فتستند مرفوعة على أجازة ولاية أو وصية في الحدود التي يجوز ليها الموكي أو الوصي في يوم عقد الإيجار ابتداء بآية من الصغير ذلك لان عقد الإيجار هو من عقود الادارة الدائرة بين النفع والضرر - (٣)

ومما تجدر الاشارة اليه هنا بان فانص الأهلية في القانون المصري يجوز له بالتالي ادارة ماله الاموال في بعض الحالات ان يتصرف في أماله ويجوز له وتأمينها - بان ذلك يكوغ الصبي الساتمة من عمره وكان يكسب من عطيه . حيث يصبح يستغنى المادة (٦٢) من قانون الولاية على المال لحلا لتصرفه فيما

(١) التي يذهب بعض الاساتذة (د - العامري - المصدر السابق - ص ١٠) الى الاعتقاد بان التشريع العراقي لم يكن بحاجة الى ذكرها لانها لا تنطبق ان تكون تطبيقا للقواعد العامة في الأهلية .

(٢) أما تصرفات المجنون في حالة افاقته فتكون معتبرة وعليه فان عقود الإيجار التي يبرمها خلال فترة افاقته تنقذ صحيحة لان تصرفاته المذكورة تكون بحكم التصرفات التي تصدر من الشخص العاقل . انظر م ١٠٨ مدني عراقي . د - كمال قاسم شروت - المصدر السابق - ص ١٦ - رقم ٢٤ .
ص ٢٩٠ د - العراقي - المصدر السابق - (٣) د - العامري - المصدر السابق ص ٢٩٥ .

يكسب من أجر هو غيره، ويضرب أن لا يتحقق أثر التزامه حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو مهنه، فإذا اشترى من أجره شيئاً يصلح للتأجير، كان له حقه بالبيع، إذ هو يملك بيعه ومن يملك الأكثر يملك الأقل، كما تنص المادة (٥٦) من قانون الولاية على المال المصري على أن: «للقاصر التأذن أن يبايع أقاله الادارة» ولكن لا يجوز أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة... إلا بأذن من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك» (٦) .

وإذا اكمل الصغير الميز من الخامسة عشرة من العمر، فيجوز لوليّه منه الحصول على ترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير مقداراً من أمواله ويأذن له بالجاره (الفقرة الأولى من المادة (٩٨) مدني عراقي)، ويمنح الصغير بالنسبة للتصرفات الداخلة تحت الأذن بمنزلة البالغ سن الرشد (م ٩٩ مدني عراقي)، ويكتفي بأن عقود الإيجار التي يبرمجها الصغير المأذون تعتبر صحيحة وناقضة ولا تكون موقوفة على أجازة الولي إلا إذا تجاوز الصغير المسمود التي رسبها له وليه. فإذا كان إذن الولي مطلقاً فإنه يجوز عندما للصغير أن يبرم الإيجار دون أن يقيد بمدة لما إذا جاء الأذن مقيداً كما لو إذن للصغير أبرام عقود الإيجار لمدة لا تتجاوز سنتين مثلاً. فإذا أبرم الصغير عقد الإيجار لمدة خمس سنوات فإن الإيجار للسنة الثالثة والرابعة والخامسة يكون موقوفاً على أجازة الولي (٧) .

(٦) ٥- تناقرو - المصدر السابق - ص ٢٨ - ٢٩ .

(٧) ويرى البعض (د - الصراف - المصدر السابق - ص ٢٦٦) بأن إذن الولي للصغير يؤدي إل أنه لا يحق لذلك الولي القيام بالأعمال التي إذن للصغير القيام بها، فلا يجوز له مثلاً إيجار أموال الصغير فإذا أجرها مع ذلك كان الإجارة تكون موقوفة على أجازة الصغير .

هذا ولد نصت الميادة الأخيرة من الفقرة (أولاً - أ) من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على ما يلي (ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الأهلية) (١) . وهذا يعني ان عقود الإيجار التي يبرمها من اكمل الخامسة عشرة من عمره واذن له بالزواج من قبل المحكمة تعتبر صحيحة وناهضة . ومن القابلة بين النصوص الواردة في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين يتضح ان الصغير الذي اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة يتمتع كامل الأهلية . يصبح له الحق في التصرف بكامل امواله فتكون جميع تصرفاته صحيحة نافذة ومنها ايجاراته . اما الصغير الذي واذن له بممارسة التجارة فيعتبر بمنزلة البالغ حسن الرشيد في حدود التصرفات الداخلة تحت الاذن ، اي انه يتمتع بأهلية كاملة في نطاق هذه التصرفات .

(١) نصت المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على ما يلي : « (١) طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج القاقسي ان يلائن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة رئيسه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاقسي منه موافقته خلال مدة يحددها . فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاقسي بالزواج » .

المبحث الأول

من له الحق في الإيجار

أولاً :- المالك : ومالك الشيء باعتباره يستطيع التصرف بذلك الشيء بهيئته وما يترتب على ذلك من انتقال ملكيته فهو يستطيع من باب أولى أن يؤجره أي أن يمكن الغير من الانتفاع به . ولهذا فإن للمالك الحق له أن يؤجر ملكه ويكون عقد صحيحاً نافذاً طالما كان بالغا من الرشد وغير محجور عليه ، لأن من يملك حق التصرف يملك حق الإدارة كما تعلم . وكما يكون الشيء مملوكاً لشخص واحد فإنه من الممكن أن يكون مملوكاً لأكثر من شخص واحد وتكون في هذه الحالة إزاء ملكية شائعة كما لو اشترى عدد من الأشخاص عقاراً فإن كل شخص منهم أصبح مالكا على الشيوع .

وقد عالج القانون المدني العراقي هذا الموضوع في عدة مواد حيث نصت المادة (٧٣٦) منه على مايلي :- ((يجوز إيجار المسكن الشائعة للشريك أو شريكه كما أكدت هذا الحكم البقرة الثالثة من المادة (٦٠٦) بقولها :- ((ويجوز للشريك على الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه)) .

إن حق المالك على الشيوع يتقيد بعدم الإضرار بباقي الشركاء كما أنه يطبق من ناحية أخرى بما جاء في المادة (٦٠٦/ف١) مدني عراقي التي تنص على :-
■ تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، وما يستقر عليه رأي أصحاب الضر الأكبر من الحصص في أعمال الإدارة المتعاقبة يكون ملزماً للجميع حتى الأقلية التي عارضت هذا الرأي)) (٦) .

رياسة جانب من الفقه المصري بحق (٦) بأن قوانين إيجار العقار قبل ثروت مبدأ الامتداد القانوني لغير الإيجار بالنسبة للمأجور الذي يخصص لأحكام هذه القوانين . وهذا يعني أن الإغلبية إذا طاحت بتأجير العقار لمسه

(٦) - بطر في ذلك ، - د - كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

- د - سامري - المصدر السابق - ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٧) - د - رمضان أبو السمود - المصدر السابق - ص ١١٦ .

سنة واحدة ، فإن هذا المدة يستد الى اكثر من ثلاث سنوات ■ لم يوجد سبب
من أسباب التخلي التي نصت عليها قوانين ايجار الشار او كما تسمى في مصر
قوانين ايجار الاماكن .

ثانياً - الإيجار الصادر عن له حق الانتفاع بالشيء

١ - ملك حق المنفعة

حق المنفعة حق مبرني يدخل صاحبه استعمال الشيء المنتفع به وتوابعه
والاستيلاء على ثماره مدة انتفاعه به (م ١٢٥٢ مدني عراقي) ، لان القانون الذي
يجوز تملك منافع الاعيان عقارا كانت أم منقولا (م ١٢٤٩ مدني عراقي) ،
وللمنتفع استغلال الشيء عن طريق تأجير له لاي مدة يراها يشترط الا تزيد عن مدة
حق الانتفاع ذاته فلا يتقيد المنتفع هنا بمدة الثلاث سنوات التي يتقيد بها من
يكون له الحق في الإدارة لان للمنتفع لا يدير المال وإنما يستغل حيا له وان كان
بمدة معينة هي مدة حياته او لمدة اقل من ذلك ، ويتقيد المنتفع هذا بالحق مولوفا
بان تكون الاسرار الصادرة عنه مفيدة بالجهة التي يقر فيها حق الانتفاع قائما ،
فاذا كانت مدة الانتفاع عشر سنوات جاز للمنتفع ان يؤجر الشيء لاية مدة يشترط
الا تجاوز العشر سنوات ، والا تجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع لان حسب
الانتفاع ينتهي على كل حال بوث المنتفع متى قبل انقضاء الاجل (م ١٢٥٧ مدني
عراقي) - فإذا اجر المنتفع الشيء لمدة عشر سنوات وبقي حيا طوال هذه المدة
فان الايجار يبقى قائما حتى انقضاء العشر سنوات أما اذا مات بعد انقضاء خمس
سنوات مثلا فان الايجار ينتهي بموته ليزوال حق المنفعة ويبقى بالنسبة للسنوات
الخمس التالية لمرته موقوفاً على اجازة المالك التي عاد اليه حتى المدة يموت
المنتفع (م ٧٣٢ مدني عراقي) . ويرى البعض (١) بان هذه الاحكام
تحتل تطبيقها اذا كان محل الانتفاع عقارا خاضعا لاحكام قوانين ايجار
العقار بسبب وجود الامتداد القانوني في هذه القوانين ، حيث ليس من
الممكن ان تنقضي الاجارة الصادرة عن المنتفع بانقضاء حق الانتفاع ، ويعني

(١) د. رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ١٥٣ .

انه لا يمكن للمستفيع ان يقوم بابرام عقود الايجار ايا كانت مدتها اذا كان حق الانتفاع واردا على عقار يخضع لهذه القوانين الخاصة .

ب - الايجار الصادر من صاحب حق الاستعمال او حق السكنى

يصح ان يكون تطبيق المئتمنة فاصرا على الاستعمال او على السكنى (م ١٢٦١ مدني عراقي) . ويحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقتضى ما يحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة انفسهم (م ١٢٦٢ مدني عراقي) . فلا يجوز تاجيره للخير واذا قام صاحب حق السكنى بالاستعمال بتأجير حصة للخير ربح العقد باطلا لوروده على حق لا يقبل التأجير (١) . ولكن مع ذلك يجوز لصاحب حق الاستعمال او حق السكنى ان ينزل عن الحق ويؤجر الشيء في حالة وجود شرط صريح او مبرر قوي يدعو الى ذلك (م ١٢٦٣ مدني عراقي) . وقد اورد المشرع بهذا الاستثناء ان يدخل شيئا من المرونة يخلف من جهة المصلحة التي يقضي بعدم جواز النزول عن الحق او تأجير الشيء المحصل به اذا طرأت ظروف على صاحب الحق تجعل التقيد بهذا المبدأ مؤذيا الى الضيق والمخرج كان يوصي شخص يسكن بيت لاولاده ثم يمر الزمن فيضيق بهم البيت . او يصبح غير لائق لسكنائهم او ينقلون الى بلد آخر فلا يستطيعون سكناه . فبالا طرأت ظروف من هذا القبيل جاز لصاحب الحق ان ينزل عنه او يؤجر الشيء المحصل به . ولأنك بان تقدير وجود كفاية المبرر للنزول عن هذا الحق بعد امرا متروكسا لقاضي الموضوع .

ـ

وقد يحتاج الدار التي تقرر عليها حق السكنى الى اصلاح . لذلك يلتزم صاحب هذا الحق باجرامه على ان تكون الماني التي يقيمها ملكا خالصا له ينتقل المرونة . اذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح . فللمحكمة ان تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالاصلاح خصا من الاجرة ويرد الدار في نهاية الايجار لصاحب حق السكنى (م ١٢٦٤ مدني عراقي) .

(١) د - رمضان ابو السعود - المصدر السابق - ص ١٥٦ .

الثالث - الإيجار الصادر من الدائن المرتهن وهنا حيازيا -

الدائن المرتهن رهن حيازة وهو يجوز شيئا للمدين تأميناً على دينه وله أن يستقل العين المرهونة وفقاً لما استلزمه ما لم يتفق على خلاف ذلك . وتستعزل الغلة من الدين . وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العين مثلاً كانت أم مثلولاً . على أن يخصم الاجرة من الدين فتستعزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين (١) . هذا وقد نصت المادة (١٣٣٩ / ف١) من القانون المدني العراقي على أن :- (١) يعزل المرتهن ادارة الموهون وهنا حيازيا وعليه ان ينفذ في ادارته من العناية بما يبذله الرجل المعتاد

وفي ضوء هذا النص يستطيع الدائن المرتهن ان يؤجر الموهون لأي شخص حسيباً إذا كان المستأجر هو الراهن لأن الإيجار هو الطريق الطبيعي للإدارة والاستغلال . ولكن لما كان المرتهن لا يملك إلا حق الإدارة ، فلا يجوز له أن يؤجر الموهون لمدة تزيد على ثلاث سنوات (٢) . ولكن هذا الأمر يصطدم ببداية الامتداد القانوني لعقد الإيجار بالنسبة للمقارنات الخاضعة لاسكام قوانين الإيجار الخاصة - وعلى هذا الاساس ينتج على الدائن المرتهن ناجز هذه المقارنات اللهم الا اذا تم هذا الإيجار للراهن ذاته (٣) .

(١) د . السجوري - عقد الإيجار - المصدر السابق - ص ١٠٢ .

وانظر أيضاً المادة (١٣٤٠ مدني عراقي) .

(٢) د . السامري - المصدر السابق - ص ٢١٤ .

(٣) د . رمضان ابر السمرود - المصدر السابق - ١٦١ .

٢١٥ - الإيجار الصادر ضمن الوكيل

الوكالة ، عند تقييم به شخص غيره ملابم نفسه في تصرف جائز معلوم (م ٩٢٧ مدني عراقي) وقد تكون عامة كما عند تكرن خاصة (م ٩٣١ مدني عراقي) . والوكالة الخاصة من التي تتناول عملاً قانونياً معيناً ولا تدخل الوكيل صفة النيابة الا في مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفلسا لبليلة وتوسع الصل والمرف الجارى (١) .

وعكس هذا يكون ايجار الوكيل صحيحاً ونافذا بحق الموكل بشرط ان لا يتجاوز الوكيل المحدود التي رسمتها الوكالة - فاذا وكل المالك شخصاً بايجار المين لمدة معينة صح ايجاره لهذه المدة المدة التي تحمل عنها ، اما اذا عهد الوكيل الاجاره لمدة تزيد على المدة المحددة في الوكالة فان الاجار يكون موقفاً على اجازة للموكل - ويهوز للمستاجر الذي تعاقد مع الوكيل ان يحصل للموكل ميعاداً مناسباً يجهز فيه التعاقد - لان لم نصدر الاجازة في هذا الباب نحلل من العقد (م ٩٤٤ مدني عراقي) . اما اذا كان التركيل حلقاً فوضاً صح ايجار الوكيل لاية مدة يشاء ، ويمرر ايجاره في حق الموكل (٢) .

(١) نفس المصدر - ص ٩٧٢ .

(٢) د. العامري - المصدر السابق - ص ٢١٢ ، د. كمال قاسم كروت - المصدر السابق - ص ١١٠ .

المبحث الثالث

القيود الواردة على التراضي في عقد الإيجار

على الرغم من أن عقد الإيجار يند من العقود التراضائية إلا أن هناك بعض القيود الواردة في قانون إيجار العقار يجبر المؤجر بمقتضاها على التأجير بشروط معينة بمعنى الشروط التي أشارت إليها النصوص القانونية بهذا الشأن ومن تلك الحالات :-

أولاً - نقل المالكين في المولة أو الأشخاص المعنوية المأجرة :-

نصت المادة (١٦) من قانون إيجار العقار على مايلي « يجوز لمن نقل مسكن المالكين في المولة أو لدى الأشخاص المعنوية العامة أو نسب للعمل في مدينة أخرى ، أن يشغل المسكن الذي كان يشغله سلفه بشروط صلبه الإيجار السابق لنفسها . طبقاً لأحكام هذا القانون على أن يتحمل الأجرة من تاريخ إخلاء المأجور فعلاً » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن « ووسع هذا المبدأ جاء حلاً لمشكلة طلبة عائلاتها الموظفين المتقولين أو المنسبون للعمل في مدينة أخرى في البحث عن مسكن في هذا المأجور أو عدم السكن فيه ، كما صان لحقوق المؤجر في الأجرة بأن في هذا المأجور ، أو عدم السكن فيه ، كما صان حقوق المؤجر في الأجرة بأن حفظ له الحق في السنة ، ما بين إخلاء المأجور وبين شغله » . - يبدو من نص المادة أعلاه أن المشرع العراقي استهدف إعطاء الأولوية للمعامل في المولة أو الأشخاص المعنوية العامة أو النسب للعمل في مدينة أخرى ، أخلى فيها مسكنها كأن يستأجره شخص آخر نقل منه ، أن يهيئ أسباب الراحة والطمأنينة والاستقرار للموظف لكي يؤدي واجباته الوطنية على أتم وجه ولا يشكل وهو في هذه الحالة في البحث عن مسكن يلجأ إليه مع عائلته مما يؤثر التأكيد على المصلحة العامة . وقد برزت الحاجة إلى مثل هذا النص في الوقت الذي ظهرت فيه أزمة السكن في كل مكان .

ولاجل تطبيق نص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار لابد من توافر الشروط التالية :-

١ - ان يكون الشخص الذي نقل او نسب الى المدينة من العاملين في الدولة او لدى الأشخاص المستورة العامة منقول و منسب للعمل في مدينة اخرى . وهذا يعني ان الاولوية لا تمنح هنا لموظف قديم في المدينة ساكن فيها قبل اخلاء الموظف المنقول لمسكنه اذا اراد هذا الموظف التقديم تغيير سكنه ، انما تعطى الاولوية لموظف جديد ينتقل او ينسب الى المدينة ولم يكن ساكنا فيها من قبل . ووفقا للنص لابد ان يكون الموظف الجديد قد جاء ليحل محل الموظف القديم في نفس الوظيفة حيث يقول النص :

((١٠٠) ان يشغل المسكن الذي كان يشغله ماله (١٠٠)) (١)

واذا كان من الضروري ان يكون المنقول من مدينة والمنقول اليها يعملان لدى نفس الدائرة او الجهة ، فليس من الضروري ان يؤديان نفس العمل كما نعتقد . وهذا ما سنلاحظه بعد قليل في نص سائل في قانون ايجار الأماكن المصري .

٢ - ان يكون العقار المراد استثماره مسكنا حيث ان حرف المصري كما قلنا هو توفير السكن للموظف المنقول . وهنا يعني ان العقار المستاجر اذا كان متجرا او معرضا او منزلا فلا يطبق حكم هذا النص .

٣ - ان يكون هذا المسكن قد شغله موظف تم اخلاء بسبب نقله من المدينة . وبذلك يشغل المسكن من الموظف القديم المنقول من المدينة ليحل محله الموظف الجديد المنقول الى المدينة ، لذلك اذا كان الموظف لم ينتقل من المدينة ، انما ابقى المسكن في مسكن اخر في نفس المدينة ، فالمسكن الحالي لاولوية قبله لموظف منقول الى المدينة (٢) .

(١) كاتم الشيخ جاسم - قواعد ايجار العقار - ص ١٧٦ . وما بعدها .

(٢) نفس المصدر - ص ١٧٤ .

وإنما نسبة التحفظ عن نص المادة (١٦) من قانون أيجار العقار الحالي نرى من الضروري الإشارة إلى نص المادة (٢٠١/٢) من قانون أيجار الإحاطن المصري التي تقول : ((للعامل المنقول إلى بلد بدلاً من عامل آخر حسن الأولوية على غيره في استئجار السكن الذي كان يشغله هذا العامل إذا قام بإعلان المؤجر في مسمى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الإخلاء برغبته في ذلك بكتاب موصى عليه بطم الرسول على أن يعرض ذلك عن طريق الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويحظر على مالك العقار قبل انقضاء هذه المدة وعلى العامل المنقول إلى بلد آخر أن يخطي السكن الذي يشغله بمجرد حصوله على سكن في البلد المنقول إليه إلا إذا قامت ضرورة ملجئة تمنع من إخلاء مسكنه)) . ويشترط لأكمال هذا النص أن يكون كلا من العاملين تابعين لجهة عمل واحدة لها فروع في كل من البلاد المنقول منها والمنقول إليها ، والأشترط أن يكون العامل الذي نقل إلى البلد قد شغل ذات الوظيفة أو قام بذات العمل الذي كان يقوم به العامل المنقول من البلد (١) ، ووفقاً لهذا النص أيضاً على العامل المنقول إلى بلد آخر أن يخطي المسكن الذي يشغله بمجرد حصوله على سكن في البلد المنقول إليه إلا إذا قامت ضرورة ملجئة تمنع من إخلاء مسكنه ، فإن لم يحصل بعد على سكن في البلد الذي نقل إليه أو كان لديه أولاد في البلد المنقول منه في المدارس ، ولكن إذا انتهت هذه الضرورة للجنة وأمنع الموظف المنقول من البلد من إخلاء مسكنه ، فإن المؤجر يستطيع مطالبة هذا الموظف بالإخلاء وذلك عن طريق الدعوى ، كما يملك ذات الحق أيضاً الموظف الذي نقل إلى البلد لهو صاحب حق مباشر في مطالبة الموظف المنقول بتنفيذ التزامه بالإخلاء .

ومما يميز النص المصري السابق ضرورة أن يقوم العامل المنقول إلى البلد بإعلان المؤجر في مسمى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الإخلاء برغبته في ذلك ، كما يجب أن يعرض هذا الإعلان بإخطار من الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويجب أن يستوفي هذا الإخطار النسخ اللازم في هذا الصدد بمعنى أن التعريض إذا كان صادراً من جهة حكومية فيجب أن يكون صادراً من شخص ذو صفة ومسؤولية وفردنا بختم هذه الجهة .

(١) د. رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ١٢٨ .

سكن بهدنة ، طالما لم يكن له مسكن في البلد التي نقل اليه . وهذه الاولوية انما تكون في استئجار المسكن فحسب . وعلى ذلك اذا رغب المالك في شغل القسطن بنفسه كان له ذلك وليس للعامل اجباره في هذه الحالة على تاجيره له . فمفهوم الاولوية الوارد في النص انها اولوية للعامل المنقول عنه رغبة المأجر في تاجير المسكن للخير .

ويلاحظ انه اذا توافرت الشروط المتقدمة ورفض المأجر التاجير للعامل المنقول الى البلد كان لهذا العامل رفع دعوى ائتم القضاء فيحكم له بتجديد المسكن ويقوم حكم المحكمة مقام عقد الايجار (طبقا للقواعد العامة (١)) .

ومن خلال مقارنة بسيطة بين النص العراقي والنص المصري ، يبدو لنا ان النص المصري اكثر وضوحا ودقة من النص العراقي ، فضلا عن ان هذا النص يحقق كما نمتقده التوازن التام في المصالح بين العاملين المنقولين من جهة وبينهم وبين المأجر من جهة اخرى ولا يضع اي منهم تحت رحمة الاخر دون مبرر ، وتقتصر العائرة التي يرتبط بها الموظف المنقول من والى المدينة في هذه العملية وهو ما يقتضيه النص العراقي . لذلك ندمر للتسرع الى ضرورة اعادة النظر بنص المادة (١٦) من قانون ايجار العقار بما يحقق هذه الاهداف .

ثانيا - بقاء العقار المهد للسكن خاليا لمدة تزيد على تسعين يوما
يلتزم مالك العقار المهد للايجار لغرض السكن باخبار دائرة ضريبة العقار بتخلوه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التخلو ولا يجوز ان يبقى خاليا بدون علم مشروع مدة تزيد على تسعين يوما من تاريخ اكمال بئانه او تخلوه . فضلا
امنح ملكة عن اجباره خلال المدة المذكورة ، تولت السلطة المالية ايجاره (٢) .

وله وضحت الفقرة (ب) من المادة (١٦) من نصوص ايجار العقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ اسلوب تاجير العقارات المالية للمواطنين فاذا ثبت للسلطة المالية ان العقار المهد لغرض السكن بقي خاليا لمدة تزيد على (٩٠ يوما)

(١) نفس المصدر - ص ١٧٦ - ١٨١ .

(٢) م ٢٠ من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

يكون غير مشروع، أن تبادر إلى إجباره وفقاً لأحكام القانون، بعد تبليغ صاحب العقار أو من يتوب عنه قانونياً، بتسليم مفاتيح العقار خلال مدة ستة أيام، وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض، بدخول العقار وتسليمه إلى دائرة ضريبة العقار المختصة بعد تنظيم محضر يبين أوصاف العقار ونوعه ووجوداته ونواقصه لغرض تأجيريه (٢)، ثم تقوم دائرة الضريبة المختصة بالإعلان مسبقاً البطار الخالي لغرض تأجيريه، وفي حالة وجود أكثر من راغب للتأجير، وتساوى العروض تعطى الأفضلية على الشتر التالي :-

(١) من استملك داره أو قطعة أرض يملكها .

(٢) ذوي الدخل الأقل نسبياً .

(٣) من يميل لاسرة أكثر عدداً (٢)

وتسري الأحكام المذكورة كذلك على المقارنات الجديدة حديثاً اعتماداً من تاريخ

اكتمال بنائها التي تميزه لبيان التلدير في دائرة ضريبة العقار (٢)

ان الهدف من وضع المادة (٢٠) من قانون ايجار العقار يتجلى في الحد من ترحل الكثير من المقارنات الممنعة للسكن خالية دون تأجير بمغف الضريبة والوصول بحس أكبر بدل ايجار ممكن . ولاشك بان هذا النص يسهم كذلك في التعقيم من ازمة السكن .

ولتطبيق نص المادة (١٠) سألته الذكر لآبد من نوفر الشروط التالية :-

١- أن يكون العقار الخالي مسكناً حصداً للايجار . وهذا يعني ان النص لا يشمل المقارنات الأخرى كالمحاونات والمطاعم والدكاكين والسراديب (والكرابات) .

(١) وتشكون هذه الفئة في مراكز السواقات من مدير ضريبة العقار وشايطي أمن وحرس المنطقة ومستشار المحلة اما في مراكز الافضية والنواحي المتكاف من مدير المال (في مركز القضاء) ومأمور المال (في مركز الناحية) بالإضافة الى شايطي أمن وشرطة المنطقة ومختار المحلة .

(٢) الفقرة (ج) من المادة (١١) من التعليمات المشار اليها .

(٣) الفقرة (د) من المادة (١١) من التعليمات .

كذلك لا يشمل المقارنات غير منة : للايجار حتى لو كانه معدة للسكن .
تلك المقارنات المحيوزة من قبل اصحابها لتفقه نصي المصلح او المصلح .
وايام الامداد والمناصيات والمطل الرسمية .

٢ - ان يبقى الممكن خاليا عدة تزيد على تسعين يوما بدون ان يشغله صاحبه
او يخرجه ، تبدأ من تاريخ اكمال البناء او خلوه . وهذا يعني ان المدة اذا كانت
١٩٠٦ يوما بالشام أو اقل منها فلا يجوز تطبيق نص المادة (٢٠) كذلك نرى
بان هذه الفترة يجب ان تكون منفصلة غير متقطعة .

٣ - لاعتناع صاحب المسكن التالي عن ايجاره دون عذر مشروع . وهذا يعني
انه اذا كان هناك عذر مشروع فلا يجوز تطبيق نص المادة (٢٠) . ان
تقديم هذا العذر وكفايته . يورد الى القاضي الموضوع لان عبارة المطلب المشروع
جاءت مطلقة ، حيث تنطوي تحتها حالات كثيرة يعود امر تقديرها الى القاضي .
ومن الاحتمال على القدر المشروع ايام الشخص بلجوره ترميمات واملاحات او
اتجاه نيته نحو التهم ومباشرة بتنظيم المرافق والمسور على اجهزة البناء
او انتظار ولغة القادم من الخارج بعد انتهاء بمعنى او زواله الرسمية او قمره
يصحبه زوجته بعد المسور بها حديثا لفرط السكن في هذا الطار وهكذا .

ويرى من نص هذه المادة انه ، لاحاجة الى توجيه اذار لصاحب المقار تحت يده
الاحراءات المشار اليها ، اي يكتفى بمرور الفترة الزمنية المحددة قانونا (وهي المدة
التي تزيد على تسعين يوما) بدون عذر مشروع الا اننا نرى ان توجيه الاذار
بعد امرا ضروريا لاعتناء مالك المقار الفرصة الاخيرة لاجار عقاره ، وفقا لمراميل
الضغط النفسي والمعنوية التي قد تسبب من جراء ايجار الخار دون رغبة
مالكة - كذلك سيباحم هذا الاحراء في العهد من حالات التريض والحدادة التي
قد يتحينا البعض للايقاع باشخاص اخرين ، وهذا ما يفره عنه المشرع طبعاً .

هذا وقد نصت المادة (٢١٨) من قانون ايجار الاماكن المصري رقم ٩ لسنة
١٩٦٩ بان (لايجوز ايجار المساكن لمدة للاستغلال خالية عدة تزيد على اربعة
اشهر اذا تقم لاستئجارها مستأجر بلجوره القانونية) . (١) -

(١) تزيد من التفاصيل عن شرح هذا النص راجع : د - رمضان ابو المصموم -
المصبر السابق - ص ١٩ وما بعدها

الفصل الثاني

المجمل في عقد الإيجار

المجل في عقد الإيجار هو العملية القانونية التي يراد انجازها بين المؤجر والمستأجر لإنشاء التزامات بينهما . وتشمل هذه الالتزامات تسكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، عقارا كان أم متقولا ، أم حقا لمدة معينة مقابل اجرة يلتزم بها المستأجر . وعلى هذا الأساس لابد من الاتفاق بين الطرفين على مسمى المأجور والاجرة المدة .

ولقد فأننا في صدد الكلام عن المجمل في عقد الإيجار ينبغي أن نعرض للبرائفة التي هي المؤجر لم الأجرة ونعبرها للمدة في عقد الإيجار ، وتتم هذه البرائفة في إطار أحكام القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ المجمل .

المبحث الأول

التمهيدي: المأجور

ينصب الرأي السائد في الفقه ، بأن التسمي المؤجر من الناحية القانونية الحقيقية ليس هو ذات العين للمؤجرة ، بل هو الحق الذي يكون للمؤجر على هذه العين . فتارة - وهذا هو الغالب - يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق الملكية ، فيؤجر في هذه الحالة حق ملكيته . ولما كان حق الملكية يستزج بالتسمي المملوك ويصطلح شيئا واحدا ، لذلك كان المؤلف أن يقال أن المؤجر يؤجر العين ذاتها لا الحق ملكيته فيها . وتارة يكون للمؤجر على العين المؤجرة حق دون حق الملكية . وهذا الحق قد يكون حقا عينيا كحق الانتفاع ، فيؤجر المؤجر حق الانتفاع لاسق الملكية ، لأنه يملك الانتفاع دون الملكية ، وقد يكون هذا الحق حقا شخصيا كحق للمستأجر فيؤجر المؤجر حقه كمستأجر لمستأجر من الباطن في الحالات التي يجوز له فيها إجراء مثل هذا التصرف مع الاشارة بنظر الاختيار موقف قانون إيجار العقار المنفذ من حق الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار التي سنقدمه تفصيلا (١) .

(١) انظر في ذلك : د. المنهوري - الوسيط - ج٢ - دار النهضة العربية
الطبعة ١٩٦٣ - ص ١٢٥

المطلب الأول

شروط الشيء المجهود (١)

شروط الشيء المؤجر هي نفس الشروط التي تنطبقها الفوائد المسلمة ، حيث يشترط في الشيء المأجور أن يكون موجودا أو يمكن الوجود وأن يكون عمليا أو قابلا للتسيير . كما يجب أن يكون قابلا للتعامل فيه أي أن التعامل فيه ينبغي أن يكون مقروفا . ويضاف إلى هذه الشروط الثلاثة شرط آخر تمليه طبيعة عقد الإيجار ، التي تنجلي في التزام المستأجر برد كلت الشيء المؤجر عند انتهاء عقد الإيجار ، ولا فائدة يجب أن يكون الشيء المأجور غير قابل للاستغلال .

أولا - وجود الشيء المؤجر له

يجب أن يكون الشيء المؤجر موجودا وثبت المقد ، والإيجار في ذلك شأنه شأن سائر العقود . وعلى ذلك يكون إيجار الشيء المضموم باطلا . فإذا أجر الشخص دارا ظن أنها موجودة وهي غير موجودة ، أجر المنتفع حق الانتفاع ثم تبين أن هذا الحق ليس له ، أو أجر المستأجر حقه من الباطن (في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك) ثم تبين أن الإيجار الأصلي باطل فليس له حصة يلزمه ، كان الإيجار في جميع هذه الأحوال باطلا لعدم المحل .

وإذا كان الشيء قد وجد ولكنه هلك هلاكاً كلياً قبل المقد ، كان الإيجار باطلا لانعدام المحل . فإذا أجر شخص دارا وتبين أنها احترقت قبل الإيجار ، أو أجر المنتفع حق انتفاعه وتبين أن هذا الحق قد انقضى قبل الإيجار ، فإن الإيجار يكون باطلا . أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن احترق جزء من الدار مثلا ، فإن الإيجار يظل في هذا الجزء ويقتضي صحيحا في الجزء الباقى ، إلا إذا تبين أن الإيجار

(١) للمزيد من التفاصيل راجع : د . المنهوي - ج٢ - المجلد السابق - ص ١٢٦ وما بعدها . د . توفيق حسن فرج - المجلد السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها . د . العاصي - المجلد السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها .

ما كان ليتم بغير الجزء الذي اخترق لمجمل كله وفقا لنظرية انتقال الطبيعة
(م ١٢٩ مدني عرفي) . (١)

وإذا كان الشيء معسوما وقت العقد ، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل ، كأيجار
دار قبل بنائها على أن ييما الأيجار وقت تمام البناء ، لأن الأيجار يكون صحيحا ،
لأن لا يشترط أن يكون المثل موجودا وقت انعقاد العقد ، بل يكفي أن يكون ممكن
الوجود ، ويكون العقد في هذه الحالة مضاهيا للابل واقت ما دام الشيء منطبق
الوجود .

ثانيا : - تعيين الشيء المؤجر

ويجب أن يكون الشيء المؤجر معينا تمينا كافيا ، ويوصف وصفا مانعا
للجهالة . ففي أيجار منزل مثلا ، يجب أن يحدد المنزل تحديدا كافيا بذكر موقعه
ووقته وعدد طوابقه إذا كان الأيجار ينصرف إلى المنزل كله ، وفي أيجار طابق من
منزل أو شقة في ضارة يجب أن يحدد رقم الطابق أو الشقة ، وفي أيجار أرض
يجب أن تعين بموقعها ، وحدها ، ورقمها في السجل العقاري . - (٢) وإذا أيجر
سيارة معينة الثلاث ، وجب أن يبين أينسيارة يؤجرها وأن يذكر أرمائها للميزة
وليس من الضروري أن يكون الشيء معينا قولا بل يكفي أن يكون قابلا
للتعيين . فإذا استأجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة
معينة فالمؤجر أن يسلم المستأجرة مركبة ما دامت من الصنف المثلث عليه
وتصلح للعرض المقصود منها . وإذا استأجره مدرسة سيارات لنقل التلاميذ
وبين معهم ، فالمؤجر أن يسلم سيارات تكون كافية لنقل هذا العدد من
التلاميذ وتكون صالحة للنقل . وإذا لم يخلق على وجه الشيء من الجودة ، التزم
المؤجر بشيء من صنف متوسط .

(١) لما إذا ملكه الشيء بعد العقد ، سواء كان ذلك قبل التسليم أو بعده ، فيجوز
للمستأجر في هذه الحالة نسخ العقد أو انقاص الأجرة حسب الأحوال كما
ينص ذلك .

ثانياً - قابلية الشيء للتعامل فيه نه

يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه حينما يحرج عن دائرة التعامل بطبيعته أو يستعصي القانون أو كان التعامل فيه غير مشروع . ومن المأثور ان مالا يجوز بيعه لا يجوز ايجاره ، ولكن يلاحظ بان هذا القول غير صحيح على إطلاقه لوجود غايل جوهري بين عقد البيع وعقد الإيجار ، ذلك لان البيع يرد على الملكية في حين ان الإيجار لا يرد الا على المنفعة . ويتفرع على ذلك ان بعض الاموال التي لا يجوز بيعها يجوز مع ذلك ايجارها كالاموال الموقوفة والاموال العامة بالمقدرة على ايجارها في تاجير الاموال الاخرى مع الترخيص الذي خصصت من اجله

وعد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع، وعدم الضرورية يرجع الى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، فإيجار المنزل المهد للدمار أو لعب القمار يكون باطلا لعدم مشروعية المحل . ويختلف هذا من حالة التزل الذي لا يكون مهدا للدمار ، ولكن يشاجر الشخص بقصد استعماله للدمار أو لعب القمار ، فان العقد يكون باطلا في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب . والسبب هنا بمعنى المباحث الدافع الى التعاقد متى كان هذا المباحث سلبا للبشر .

واما عدم قابلية الشيء للتزجر كاستهلاك نه

يلزم ان يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك . والقصد بذلك ان الإيجار لا يمكن ان يرد على الاشياء التي تستهلك من اول استعمال لها ، ذلك ان الإيجار ينشأ على عاتق المستاجر التزاما بالمحافظة على الشيء المؤجر ورده في نهاية مدة المدة المحددة للانتفاع (١) .

ومع هذا فان لارادة الطرفين دخلا في هذا الصدد ، فقد يكون الشيء قابلا للاستهلاك من اول استعمال له ، ومع ذلك يشترط على المستاجر ان يردده بذاته عند انتهاء الإيجار ، وذلك متى كان القصد من الإيجار الانتفاع بالشيء على نحو يختلف عن الاستعمال الذي اعد له بحسب طبيعته . من ذلك مثلا حالة منما

(١) انظر المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي .

إذا استأجر تاجر سبوط عللاً من نوع معين موجود لدى المؤجر لكي يبرهنه
في معرض ثم يردّها إلى مالكها بئادها .

وإذا كان الأيجار لا يرد إلا على الاتمياء التي لا تهذك من أول استعمال لهما أي
الاشياء التي تقبل الاستعمال المذكورة ، فإن بعض القوانين (١) أجازت أيجار
الاشياء التي تفقد شيئاً من قيمتها جراء الاستعمال ، بعد هذا وضعا طبيعياً
طالاً كان النقد من قيمة الشيء نتيجة الاستعمال المذكور الطبيعي .

المطلب الثاني

نطاق سريان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

لدراسة نطاق سريان قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لابد من
معرفة المقارنات المستثناءة من هذه الأحكام ، نظر لما يترتب على هذا الأمر من
أهمية وأثار وبشكل خاص ما يتعلق بمقدار الإبرة وأساليب العطفة وغير ذلك .

أولاً - المقارنات المستعولة بأحكام قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون أيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩
على ما يلي : - تسري أحكام هذا القانون على المقارنات المبينة الواقعة ضمن
حدود أمانة العاصمة والمحافظات ويستثنى من ذلك المقارنات المبينة للدولة
والقطاع الاشتراكي والأشخاص للمنفعة العامة ، على المدة منها للسكن فتخضع
لأحكام هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات الواردة في البندين (ج ، د) مسكون
الفترة (٢) من هذه المادة ١٠ -

ومن هذا النص نعلم أن أحكام هذا القانون تسري على المقارنات المبينة الواقعة
ضمن حدود أمانة العاصمة بالنسبة لمحافظة بغداد (١) والمحافظات بالنسبة لمحافظة

(١) انظر المادة (٥٣٩) من قانون الموجهات والقواعد اللبناني .

(٢) الفيت محافظة بغداد وألم وحدات الإدارية المرتبطة بها ضمن حدود مدينة بغداد
(حدود أمانة العاصمة) بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٣٠) لسنة
١٩٨٧/٦/١٧ وحلت محلها أمانة بغداد وتم توزيع الوحدات الإدارية (خارج
حدود أمانة العاصمة) على المحافظات المجاورة لمدينة بغداد .

المحافظة الاخرى بما في ذلك المقارنات التي تستأجرها او تؤجرها الدولة او
الأشخاص المعنية العامة .

ويسوجب هذا النص تسري أحكام القانون على المقارنات المشيدة الواقعة ضمن
حدود أمانة بغداد والبلديات ، أي أنها لا تسري على الأراضي ((ما دامت غير
مبنية)) . والبساتين حتى وإن كانت تقع داخل تلك الحدود . كذلك لا يسري
النص على المقارنات المشيدة الواقعة خارج تلك الحدود المشار إليها في النص .
والقول على حدود أمانة بغداد والبلديات يتم بالرجوع الى الخرائط الخاصة
بالأمانة او البلديات المعنية وفي حالة تعديل حدود أي منهما يلزم الرجوع الى
القرارات الصادرة بهذا الشأن للتثبت من حدود أمانة بغداد او حدود البلدية .

ويقصد بالدولة كافة الأجهزة كالوزارات والشركات والمنشآت والمديريات
العامة وغيرها سواء كانت مدنية او عسكرية . أما التخصيصية المعنوية فهي
صطلح يطلق على مجموعة من الأشخاص تستهدف غرض معين . او مجموعة من
الأموال تخصص لغرض معين . ويمتد القانون لهذه المجموعة بالتخصيصية
القانونية المقررة للإنسان وتصبح أهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات (١)
وله داعي التمرح بهن الفترة (١) من المادة الأولى من قانون إيجاد التقسيم
مئة المتأجور وجعلها على الاعتبار الرئيسي لتحديد مجال تطبيق القانون وفما يخص
لاحتكاكه المقارنات المدة للكن التي تؤجرها او تستأجرها الدولة او الأشخاص
المعنوية العامة . فحكم النص يقتصر على العقار المخصص للسكن أي العقار السكني
وهو ليكون سكناً واعد لذلك بطبيعته وقت البناء على لو يستعمل في غرض
اخر غير السكن ، إذ ان العقار الذي يصلح بطبيعته لأن يكون مسكناً يصلح في
الموقت ذاته لأغراض أخرى كأن يكون مدرسة لو مستشفى او ملجأ او مؤسسة
تجارية او مكتباً لحام او عيادة لطبيب او فندقاً الخ .

(١) للمزيد راجع : م ٤٧ - ٤٩ مدني عراقي - د . خاب توما منصور - القانون
الإداري - الكتاب الأول - ط ١ - دار العراق للطبع والنشر ، ١٦٧٩ - ١٦٨٠
ص ٧٢ وما بعدها .

أما العقارات التي لم تها لكون هكنا ولم تعد بطبيعتها لذلك وقت إنشاء كانهوانيت والحمامات والمخازن وانطاحن والمحاصر والكراجات والمكاتب والماسر والمبارض وانعاضل وغيرهما فلا تخضع لحكم النص .

وما تمككه اقبولة (كشخصية معنوية) من عقارات مبنية ، لما ان نطقها ملكية خاصة كما يملكه الافراد امراهم ليكون لها ان تصرف فيها بسانر الوجوه التي يصرف فيها الافراد في امراهم ولكن في حدود المصلحة العامة . ولما ان تكون (ب) محصنة للمنفعة العامة بالفضل او بمقتضى القانون ، ان النوع الاول من امسلا لثبوتة هو الذي ينشئ تحت مفهوم النص القانوني دون امسلا لثبوتة للمصلحة العامة للمنفعة العامة . فاذا اجرت الدولة او احدى المصالح الحكومية دارة لاحد الافراد فان حكم النص يشمل ايجار هذه الدارة اما العقارات المبنية والتي تنسب من الاموال العامة فلا يجوز التصرف فيها وانما يجوز انطفا منتمتها الى شخص في مقابل جعل معين باجاء تحقيق المصلحة العامة بعيدا عن المضاربة والاستغلال . ولا يجوز للمنطع هنا ان يتمسك بانسكام قانون ايجار (كتمسكه مثلا بالاعتداد القانوني للمقد بانه انتهاء مدته) بل يجوز للجهة الادارية المرخصة اخراجه في اى وقت وثو قبل وقت انطفا مدته الترخيص الاصلي متى اقتضست المصلحة العامة ذلك . (١) .

لانيا : العقارات المستثناءة من احكام قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩

وحددها في الفقرة الثانية من المادة الاولى منه ولذلك لايجوز استثناء عقارات اخرى استثنى قانون ايجار العقار وعلى سبيل الحصر بعض العقارات من احكامه غير ما ورد في هذه الفقرة . كما لايجوز اتفاق المتعاقدين على استثناء عقار آخر من احكام هذا القانون والعقارات المستثناءة هي :-

١- المحلات السكنية والمخازن والفنادق ومحلات شرب الخمر والعقارات التي تستأجرها الشركات العامة التي يزيده واسمائها على خمسين ألف دينار .
وقد تقرر المشرع في ذلك ان لا يبرأح الوفيرة التي يجنيها مستأجر هذه

(١) راجع بحثنا المصموم (١) ملاحظات في قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل في المصارف فيه سابقا - ص ٢٢٤ وما بعدها .

المقارنات ، مضافا الى ذلك العناصر الأخرى التي تتمثل في العلاقة الإيجابية
وضرورة ترك أمر تحديد العلاقة بين الطرفين الى القوانين الخاصة بها
والقانون المدني (١) ويقصد بمحل شرب الخمر ، المحل الذي يتسلم
المشروبات الكحولية الى الزبائن ، أما دكاكين بيع المشروبات فلا
يشملها النص وبالتالي فهي خاضعة لاحكام القانون (٢) ويستثنى أيضا
من احكام القانون كل عقار تستاجر شركة خاصة (أهلية) عمالية كانت
أم أجنبية بصرف النظر عن نوعها وشراء كان الغرض من ايجار العقار
جولة سفرا للشركة او لسكن العاملين فيها او لاستخدام كمخزن لثوبها ...
المسح .

وهذا يعني ان الشركة المستجرة اذا كان رأسمالها يقل عن خمسين ألف
دينار او كان خمسون ألف دينار بالتزام فانها تعد غير مستثناة من احكام
قانون ايجار العقار (٣) علما بان هذا الاستثناء يقتصر على حالة استئجار
الشركة للمقار ولا يشمل حالة ايجار ملكها للتخزين ... (٤)

واستثنى القانون مؤقتا المقارنات المدة للسكن المبنية حديثا لمدة ثلاث
سنوات من تاريخ اكتمال بنائها تشجيعا لاصحاب الاموال على استغلالها
في انشاء هذه المقارنات معاونة من القطاع الخاص في العمل على حل مشكلة
السكن (٥) ويجب ملاحظة ان المقارنات المبنية حديثا لا تستعفى من احكام
القانون الا اذا كانت مدة للسكن كالدور والتمقق ، أما المحاربت والمخلات
وغيرها من المقارنات التي لم تكن معدة للسكن فهي تخضع للقانون حتى
وان كانت مبنية حديثا ولم تكن عليها اكثر من ثلاث سنوات - ويجري
احساب مدة الاستثناء المشار اليها من تاريخ اكتمال بناء المقار ، استنادا
الى الكصف الذي تجريه دائرة ضريبة المقار وشهادة الاعضاء الضريبة التي

- (١) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية لقانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .
(٢) م/١٣٠ من تعليمات ايجار المقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ .
(٣) النامي محمد خليل الراضي - شرح قانون ايجار المقار - ط ١ - ١٩٨٣ -
ص ٧٠ - ٧١ .
(٤) كاظم التميمي باسم - قواعد ايجار المقار - ص ٥٣ - ٥٤ .
(٥) الفقرة الثالثة من المذكرة الايضاحية .

نصدها الدائرة وفق قانون ضريبة العقار رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ المعدل
بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٦٩ ، ويعتبر يوم اكمال البناء اليوم الذي
تسدد فيه رسوم ائصال القوة الكهربائية . (١)

كما يستثنى القانون المقارنات المملوكة للمساكن التي تؤجرها الدولة للأشخاص
المعنوية للعاملين فيها . لأن طبيعة العلاقة بين المنتظمين بهذه المقارنات وبين
الدولة والأشخاص المعنوية العامة تقتضي وضع قواعد خاصة لتعديد الاجرة
على مقدار الراتب والمخصصات وكيفية استيفائها وكذلك قواعد الانتفاع
بالمأجور ومنه اليقاع فيه الى غير ذلك (٢) فتمتد جسرت بعض الوزارات
والمصالح الحكومية الأخرى والأشخاص المعنوية العامة على انشاء مساكن
لموظفيها وعيالها ، اللذين يصلون في المنشآت التي تقيها كالمحطات والمعامل
والمصانع وغيرها ، بقصد التيسير عليهم وحسن توفر لهم قسما من الاطمئنان
في معيشتهم وتكثيفهم من نداء الاعمال والتواجب المطلوبة بهم على أكمل وجه .
ونظرا الى ان انتفاع العلاقات التي تقوم بين الوزارة وموظفيها في هذه
المساكن لقانون ايجار المقار يفوت الفائدة من انشاءها ، ان يترتب على
استخدام القانون الأخير ان يتمسك بعض الموظفين او العيال بالبقاء في هذه
المساكن حتى بعد نقلهم من عملهم الذي من اجله صرح لهم بالإقامة في
هذه المباني ، او بعد انتهاء الخدمة لأي سبب من الأسباب ، الأمر الذي
يترتب عنه صعوبة ايجاد مساكن لمن يعمل معظمهم من الموظفين او العيال ،
ملازمة على الاختلاف الواضح في العلاقة التي تقوم بين الوزارة وموظفيها
في شأن هذه المساكن وذلك التي تقوم بين الأفراد مؤجرين وصائرين ،
لأن الموظفين والعيال لا يشغلون هذه المساكن بموجب ايجار حتى تسري
عليهم هذه التشريعات الخاصة ، بل بموجب عقد إداري يخضع لنظام
الترخيص الإداري (٣)

(١) انظر : حسن عدلي الدجيلي - شرح قانون ايجار العقار - ج ١ - ١٩٨٣ -

ص ٩ ، كالم الشيخ جاسم - نفس المصدر ، ص ٥٤ -

(٢) الفقرة الثالثة من المذكرة الإيضاحية .

(٣) كالم الشيخ جاسم - المصدر السابق - ص ٥٥ - ٥٧ .

ومن القوانين والأنظمة والتطبيقات التي تنظم تاجير هذه المقاررات قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ المعدل ونظام التصرف بمقاررات الإدارة المحلية رقم (٦) لسنة ١٩٦٥ ونظام إيجار عقارات مملوكة بنك سوري للجمهورية العراقية رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٦ ، ونظام المزايدات والمناقصات رقم (١٥) لسنة ١٩٦٦ المخصص بالإعفاء والتطبيقات عند (٩) لسنة ١٩٦٩ الصادرة بشأن تطبيقه والتطبيقات عند (٦) لسنة ١٩٧٢ الخاصة ببيع وإيجار عقارات البلديات .

٤ - المقاررات الممنوعة للسكن التي تزجرها الدولة أو الأشخاص الممنوعة العامة التي يصدر وزير المالية بيانا باستثنائها .

أجازت الفقرة (د) من المادة الأولى من قانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لوزير المالية أن يصدر بيانا يستثنى فيه من أحكام هذا القانون بعض المقاررات الممنوعة للسكن التي تزجرها الدولة أو الأشخاص الممنوعة العامة التي تفضي طبيعة استقلالها أو الانتفاع بها أن توضع قواعد خاصة لإيجارها وتمديد إيجارها وتمديد حقوق والتزامات متاجرها ، كالدور والمباني الأخرى التي تشتملها دائرة المصايف والسياحة وما شابه ذلك . وتطبق في هذه الحالة أحكام القوانين الخاصة وأحكام القانون المدني عند افتقاد النصوص الخاصة - (١) ، ويذكر أن قوانين الإيجار الخاصة السابقة على القانون النافذ كانت خالية من نص مشابه (٢) .

٥ - المقاررات المؤجرة للأجانب لشخصاً أو هيئات :-

كذلك استثنى البند (هـ) من الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون إيجار المقار المقاررات المؤجرة للأجانب لشخصاً أو هيئات . ويدخل في هذا المبدأ الشركات والمقاررات والمؤسسات والمنظمات وما شابهها .

(١) انظر الفقرة (٢) من المذكرة الإيضاحية لقانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٢) - د - قدمت عبد المجيد بكر - شرح قانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ - ط ١ - مطبعة شركة التأسيس - بغداد - من ٤٢ .

ويظهر من النص بأن كل عقار سواء كان مضافاً للسكن أو غير السكن هو مستثنى من أحكام قانون إيجار العقار النافذ حازم العقار مستأجراً من اجنبي شخصاً أو هيئة . كذلك قضت لفت (الاجنبي) لايشمل دعائياً الدون العربية وهذا قلن نصريح هذا القانون يطبق على كل من يحمل جنسية أحد الدول العربية ويعامل في ذلك معاملة العراقي باستثناء الذين يعملون في المنشآت الدبلوماسية أو القنصلية أو الهيئات والمنظمات الدولية أو الانجليزية أو العربية (١) . لأن الهدف الرئيس لهذا القانون هو حماية المواطنين المستأجرين ، ولأن العاملين في المنشآت الدبلوماسية وغيرها يستحقون مساواة عالية لاجتماع بها الفرد العربي العادي المقيم في العراق ، فهم ليسوا بحاجة لحماية هذا القانون (٢) .

ولما كانت العقارات المذكورة فيما تقدم مستثناء من أحكام قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ للمعدل ، فإن العقود التي تنظم بشأنها تخضع لأحكام القانون المدني والقوانين الخاصة التي تنظمها .

وقد أضيف استثناء جديد من قانون إيجار العقار النافذ الى الفقرة (٢) من المادة الاولى بموجب القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ (٣) الذي جاء فيه -

المادة الاولى -

يضاف ما يأتي الى الفقرة (٢) من المادة الاولى من قانون إيجار العقار المرقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ ويعد (و) ينص لها -

و - العقارات او التمتع المدة لغير اغراض السكن والعقارات او التمتع المدة للسكن المؤجرة لغير اغراض السكن كالكاتب والمواضع والمدارس والاقسام الداخلية او النوادي .

(١) - (٢) الفقرة الثالثة من ثلاثة الاولى من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٣) - المنشور في الوقائع العراقية العدد ٣٣٦٩ في ١٩/٨/١٩٩٠ .

المادة الثانية -

تُحذف الفقرة (ج) من البند (١) من المادة الرابعة من القانون ويعطى ما يتعلق بها حيثما ورد في القانون (١)

المادة الثالثة -

تُحذف الفقرة (٢) من المادة (٢٢) ويحل محلها ما يأتي :-

٤ - ١ - يطلب بالحجز مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبمراجعة لا تقل عن مئتي دينار ولا تزيد على الف دينار او بأشقي هاتين العقوبتين كسـل مؤجر لم يودع نسخة من عقد الايجار الذي أبرمه مع المستاجر لدى مديرية العقار خلال المدة المحددة بالفقرة ٤ من المادة السابقة من هذا القانون *

ب - تسري احكام الفقرة (أ) اعلاه على مزجري المقاربات المذكورة في الفقرة (٢) من المادة الاولى من هذا القانون *

المادة الرابعة -

ينفذ هذا القانون بعد مرور سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية
ان الاسباب التي دفعت للمشروع الى هذا التعديل هو ان الكثير من مستاجري المحلات التجارية قد استغلوا قانون ايجار المغار المألذ وتمسكوا بالإيجارات القديمة كما سيشجع هذا التعديل الحركة العمرانية في القطر وخصوصا البناء العمودي فضلا عن المردود المالي والاقتصادي والحد من التهرب الضريبي بما يقدم ميزانية الدولة (٢)

وبهذا التعديل ستمنح المقاربات لكسار اليها في الفترة (د) اعلاه لمصلحة النقد شريطة التعاقد بين السفي تنظمه احكام القانون المدني *

(١) علما بان الفقرة (ج) اعلاه عدلت نسبة ٨٪ من القيمة الكلية بالنسبة للمقاربات الواردة في المادة الاولى من هذا القانون *

(٢) انظر الاسباب الموجبة للتعديل *

المبحث الثاني

الاجرة

تعرف الاجرة بأنها المال الذي يلتزم المستاجر بتقديمه للمؤجر مقابل التزام المؤجر بتسكين الممتنأجر من الانتفاع بالمتأجور - والاجرة على هذا الاساس تعد محل التزام الممتنأجر ويلتزم فيها ان تكون مبرورة ومصلحة او قابلة للتعيين ومضروعة اي مما يجوز التعامل فيها (١) .

وفي ضوء احكام القانون المدني تكون الاجرة عادة من المتقود تدفع مرة واحدة او على شكل اقساط في عدد متساوية ، ولكنها خلافا للتسليم في عقد البيع ، يجوز ان تكون اي مائ اخر كجزء من المحصول او الانتفاع بشيء اخر مقابل الانتفاع بالميت المتأجرة . كما يجوز ان تكون الاجرة بناء عليه المستاجر في العين المتأجرة ويصح ملكا للمؤجر عند نهاية عقد الايجار ، او تحصيلات يدخلها المستاجر على العين وقد تكون الاجرة بضاعة تدفع جملة واحدة او على عدة دفعات ، ولهذه نصت المادة (٧٣٦) من القانون المدني العراقي على انه ((يصح ان تكون الاجرة تقوذا ، كما يصح ان تكون اي مال اخر)) ، ومن الممكن ان يتلق على ان تكون الاجرة مبلغة من المتقود ونشئا اخر ، كان تؤجر الارض لقاء مبلغ معين وكمية معينة من المحصول .

ويشترط في الاجرة ان تكون جديدة او حقيقية ، تنصرف فيها ارادة الطرفين الى التزام المستاجر بدفع اجرة معينة نظير انتفاعه بالمتأجور . كما الاجرة البهينة وهي التي يكون فيها عين فاحش قائلها لا تمنع من صحة الايجار الا اذا كان العين الذي لحق باحد الطرفين ناشئا عن تقويمه كما يجوز للمتعاقد الذي استغفلت حاجته او طيشه او هواه او ضعف ادراكه او عدم خبرته فرضي باجرة بهينة ان يطالب برفع الثمن منه الى الحد المقرر وذلك في خلال سنة من ابرام عقد الايجار مع ملاحظة ان ايجار اموال الدولة او الوقف او المحجورين باجرة بخسة يحسب العقد

(١) السنيهوري - الوسيط - ج٢ - المصغر السابق - ص ١٥٨ .

يرسل (٦) *

وإذا كان الأصل في القانون المدني العراقي ان يتفق المتعاقدان على تحديد الاجرة ، فان قانون ايجار رقم ٨٧ لسنة ١٩٢٩ للعدل ، (ويعتبر ما يتعلق الامر بالمقارنات الخاصة لاحكامه) قد وضع نسبا ثابتة في المادة الرابعة فيه لايحوز الاتفاق على خلافها ، حيث حاول المشرع هنا حماية المستاجر من الارتفاع الكبير الذي حصل على يدلات الايجار *

ونرا- ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين يتناول الاول منهما تحديد الاجرة في القانون المدني العراقي بينما يختص الآخر ليبين موقف قانون ايجار المقارن من تحديد الاجرة والنسب القانونية التي وضعت لها *

المطلب الاول

اولا - تحديد الاجرة في القانون المدني العراقي

الأصل ان يتفق المتعاقدان على تحديد الاجرة التي يلتزم للمستاجر بدائها او ان يتفقا على الاسس التي تجدد بمقتضاها ، وتختلف طريقة تعيينها باختلاف طبيعتها ، فإذا كانت الاجرة من النقود تحدد بمقاديرها ، وإذا كانت شيئا معيناً بذاته تعين ببيان هذا الشيء بيانا تأليا للجهالة ، وتحديد محديدا كافيا ، وإذا كانت الاجر صعبا او فسلرا من المحصول او المنتجات التسمى بظلم المأجور فإنه يجب ان تقط النسبة على نحو واضح ، وإذا كان عملا معيناً يجب ان يحدد هذا العمل تحديدا كافيا كذلك *

وإذا لم يمين الطرفان الاجرة على النحو السابق ، فإنه ينبغي ان يمين الاسس التي يتم تقديرها بموجب ، حيث لا تشمل الارادة بعد ذلك في تحديد مقدار الاجرة او عداها او طبيعتها ، وقد يتفقان على ان تكون الاجرة نسبة من الربح او الدخل اليومي للعمل على اساس نسبة معينة من دخل المستاجر ، كما قد يترك

(٦) د - العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٤ - ٥ - توفيق حسن لوج - المصدر السابق - ص ١٦٠ م ١٢٤ من القانون المدني العراقي *

الطرفان تعيينها لشخص ثالث على نحو ما يتم في حالة تعيين ائتمن في البيع الذي لاخطاء عند دراستنا لنقد البيع . ولكن لايصح ترك تحديد الاجرة لاطلق ارادة للزجر او المستأجر ، لكي لا يوضع احدهما تحت رحمة الآخر (١) .

ومن الاسس التي يمكن اعتمادها لتقدير الاجرة في القانون المدني المراقبي ما توردته لنا المادة (٧٣٨) التي اشارت الى الحالات التي يمكن الاخذ فيها بأجرة المثل اذا لم يتفق المتبايعان على مقدار الاجرة او على كيفية تقديرها . او اذا تعدد ادعاءات الاجرة المدعى بها . ولا شك بان حكم هذه المادة لا يقتصر على حالة عدم استطاعة المتبايعين الاتفاق على مقدار الاجرة ، اي اختلافهما بشأن ركن من اركان عقد الايجار مما يند منه الضابط . ولكنه يشمل حالة انفصال الاتفاق على الاجرة او اسس تقديرها ، كما ينسل حالة الاتفاق على الاجرة مع نفق الثبات ذلك لاي سبب من الاسباب (٢) .

وفي تحديد الايجار يجوز تحديد الاجرة عن كامل مدة الايجار او عن الفترات التي تسبقها عقد الايجار كاجرة الساعة او اليوم او النهر او السنة او الموسم الزراعي . والاصل ان تتساوى الاجرة عن جميع مدة الايجار ولكن لا يوجد ما يمنع من ان تتفاوت الاجرة في مدة عنها في الاخرى . فيجوز مثلا ان تكون اجرة السنة الاولى اعلى من اجرة السنوات التالية . وكثيرا ما يحصل ان تكون اجرة غرض التناقد في الثاني الاولى اعلى من اجرة الثانيي اللاحقة ، خصوصا اذا اتفق التزويل على البقاء في الفندق مدة طويلة على سبيل الإقامة فيه . وقد تكون كذلك اجرة الاراضى الزراعية بحسب وفرة المحصول او قلتها وهذا ما يظن عليه تحديد الاجرة على اكثر من صورة واحدة ، وهو ما اشارت اليه فعلا المادة (٧٣٧) من القانون المدني المرفقي (٣) .

- (١) راجع : د . توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ١٦٣ .
(٢) د . المامري - المصدر السابق - ص ٢٢٧ ، د . الصراف - المصدر السابق - ص ٣٤٥ .
(٣) د . المامري - المصدر السابق - ص ٢٢٦ ، د . المدهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٦٣ ، ١٦٧ .

ثانياً - اثبات دفع الاجرة

من الالتزامات الاساسية التي تلحق بملي حائز الشاغر ضرورة دفعه للاجرة المقررة اتفاقاً او قانوناً لي مواعيدها المحددة ، الا ان النزاع قد يحصل بين الاثنين بشأن دفع او عدم دفع هذه الاجرة ، ولم يخف هذا الامر على المشرع الذي وضع التعويض القانوني اللازم للتصدي له حصصاً للنزاعات المترتبة . ولما كان المستاجر هو المكلف بدفع الاجرة فهو مكلف ايضاً باثبات دفعها طبقاً للقواعد العامة - كما ان قيام المستاجر بتسديد قسط من الايجار يعتبر قرينة على تلبية للاقساط الشهرية السابقة (المادة ٧٦٩ مدني عراقي) ، لان من المعروف ان المؤجر لا يسلم اجرة شهر لاحق دون ان يكون قد اسلم اجرة الشهر السابق ، الا ان ذلك يعد قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس ، وهذه هي مهمة المؤجر الذي يستطيع اثبات ذلك بالصهادة عندما يكون القسط او البديل لا يتجاوز الخمسين ديناراً ، في حين ان القسط الذي يتجاوز الخمسين ديناراً لا يجوز للمؤجر ان يثبت عدم تسديده بالصهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون يقضي بخلاف ذلك (م ٧٧ من قانون الاثبات العراقي رقم ٩٠٧ لسنة ١٩٧٧) .

ومن الجدير بالذكر بان المستاجر غير ملزم بحفظ الوصولات التي تؤيد تسديده للاجرة بعد مضي خمس سنوات عليها ، حيث تمسك الاجرة عنه بالتقادم بانتهاه السنوات الخمس بالاستناد الى المادة (٤٣٠) مدني عراقي باعتبار الاجرة سلفاً دورياً متجدداً . ويصير ابتداء المدة المقررة لعدم سماح الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء (م ٤٣٤ مدني عراقي) ، فسر بيان التقادم للاجرة يبدأ من وقت حلولها ، ولا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها وتمتنع عن سماح الدعوى لمجرد الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدعين (م ٤٤٢ مدني عراقي) .

المطلب الثاني

تعديل الإجرة في قانون إيجار المصنف

حيثما تكلم عن تحديد بدلات الإيجار في ضوء أحكام قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لنا أن نقتصد بذلك تلك العقارات التي تسري عليها أحكام هذا القانون والمذكورة في المادة الأولى منه ، ونتيجة لدراسة التواقي الاقتصادية والاجتماعية وضع قانون إيجار العقار قواعد المادة الرابعة منه وكما يلي :-

١ - ٥٪ من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المخصصة للسكن المؤجرة لهذا الغرض (المادة ٤ / فقرة أ) . ومن هذا النص نذكر أن نسبة ٥٪ من القيمة الكلية هي الحد الأعلى الذي يجوز أن يفصله الإجرة السنوية للعقارات والشقق المخصصة للسكن المؤجرة لهذا الغرض . فإذا كان العقار شارا أو شقة مؤجرة للسكن وقدم المؤجر عقد الإيجار إلى دائرة ضريبة العقار المختصة لتأريده وفق أحكام القانون فعليه أن يقدم طلب تقدير القيمة العنصرية للعقار لتتولى اللجنة المختصة مهمة التقدير فإذا كان المأجور شارا فإن معدل إيجارها السنوي يحتسب وفقا للمادة التالية :-

$$\text{القيمة الكلية} = \text{قيمة الأرض} + \text{قيمة البناء}$$

القيمة الكلية للعقار ×

١٠٠

يعدل الإيجار السنوي للعقار =

١٢

أما إذا كان المأجور شقة مخصصة للسكن فيجري احتساب بدل إيجارها السنوي على الوجه التالي :-

$$\text{القيمة الكلية للشقة} = \frac{\text{قيمة الأرض} + \text{قيمة البناء}}{\text{مساحة الشقة}} \times \text{مساحة الشقة}$$

للمساحة الكلية لجميع الطوابق

بدل الإيجار السنوي للشقة = القيمة الكلية للشقة * $\frac{100}{\dots}$

١٠٠

بدل الإيجار السنوي

بدل الإيجار الشهري = $\frac{\dots}{12}$

١٢

ويقصد بالقيمة الكلية مجموع قيمة الأرض والبناء ولت التقدير السخى
تجريم السلطة المالية منبهة بلجان التقدير للنيكلة في دوائر ضريبة العقار،
حيث يتخذ هذا التقدير أساسا في تعيين الحدود العليا للأجرة - كما وإن
جانب العدالة يتطلب أخذ وقت تقدير القيمة الكلية للموجود بنظر الاعتبار.
ولذلك عقد أخذ بقيمة البناء عند إجراء التقدير لا قيمته عند البناء - لأن
وقت التقدير هو وقت الانتفاع بالعقار ولا عبرة لوقت البناء نظرا لما يحصل
فيه من التآكل وترميم وإصلاح - كذلك الحال بالنسبة للأرض وتقدير
قيمتها في وقت إجراء التقدير لا قد يحصل في هذه القيمة من اختلاف قبل
- يكون كبيرا - مع أخذ قيمة العملة وهبوطها وارتفاع أسعار المواد وأجور
العمل أو انخفاضها بنظر الاعتبار

من ناحية أخرى يراعى في تقدير قيمة العقارات مؤتمها ومساحتها ومراقبتها
وعدد الطوابق والمشمولات فيها ودرجة عرايتها والمواد الانشائية التي
استعملت فيها ومساحة الأرض التي يشيد عليها العقار وشروطها
وغير ذلك .

ووفقا لكل هذه المعايير المتقدمة إذا كان الناتج يفقر بدل الإيجار السنوي
المثبت في عقد الإيجار المولع من قبل الطرفين (المؤجر والمستأجر) أو يزيده
عليه فيثبت البديل في الملف نفسه باعتباره غير متجاوز النسبة المحددة
قانونا . أما إذا كان الناتج أقل من البديل السنوي المثبت في العقد صحيحة
في الأخير إلى ما يأتى الناتج المختص من قبل لجنة التقدير وفق الحسابات
الأحرى على أكثر من صورة واحدة - ومنه ما عارض إليه فصلا المادة (٧٣٧) من
مع استفاظ المؤجر بطقه في الاعتراض على قرار لجنة التقدير لدى لجنة

المنطوق - أما إذا كانت اجرة العقار تقل عن النسب المحددة قانوناً فهي
المادة الرابعة - فتبقى على حالها دون زيادة لأن الاجرة في الطرد المذكورة
كانت تستقر التماثل عليها وتظم الطرفان اوضاعهما المالية وميزانيتها العالمية
على أساسها (١) ومما تجدر الإشارة إليه أن تخفيض بدلات الايجار المتسار
إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون ايجار العقار لا يمسى على
المقارنت المبيدة حديثاً خلال مدة استثنائها من أحكام القانون (٢)

ورغبة من الدولة في انصاف اصحاب العقارات التي استأجرتها منهم قبل تاريخ
١٩٧٥/١ - حيث كانت الاجرة منخفضة عنها بعد هذا التاريخ بسبب ارتفاع
فيه العقارات فقد قضى القانون في البند (ب) من الفقرة (٤) من المادة (٤) بزيادة
اجرة هذه المقارنت الى النسب الوارد ذكرها في الفقرة (اولى) - ووضح من ذلك
ان القانون قد ميز بين التولية بصفتها مستأجراً وبين الافراد المستأجرين فجعلها
وحدها زيادة الاجرة في المقود المذكورة (٣)

ب - ٧٪ من القيمة الكلية لى المقارنت او المفق المؤجرة على شكل غرف للسكن -
واللاحظ هنا ان المشرع لم يشترط ان تكون هذه المقارنت معدة أصلاً
للسكن بل اشترط ان تكون مؤجرة على شكل غرف للسكن اصلاً للنصي -
كذلك فان المشرع زاد في نسبة الاجرة السنوية فجعلها ٧٪ من القيمة الكلية
لأن المقارنت التي يؤجر على شكل غرف للسكن يكون ممرضا ثلاثتار السريع
والتهديم التي يستوجب اجرة الترميمات المستمرة بسبب كثافة الاستعمال
فيه (٤)

(١) وهذا ما لا نفضله لأنه يأخذ مصلحة المؤجر بنظر الاعتبار - علماً بأن غاية
المشرع دائماً السعي وراء أحداث التوازن التعاقبي بين المؤجر والمستأجر،
فلا يقل أن تبقى بدلات الايجار المنخفضة على حالها - على الرغم من التغير
الكبير الذي حدث في الاسعار - وفيما المصلحت في كافة احوال العالم - فأننا
كانت مصلحة المستأجر جديرة بالحماية فان مصلحة المؤجر يجب أن تعتبر
كذلك -

(٢) ، (٣) ، (٤) - راجع : الفقرة الخامسة من المذكرة الإيضاحية لقانون ايجار
العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ -

هذا وقد أوضحت الفقرة (ب) من المادة الخامسة من التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٧٩ كيفية احتساب القيمة الكلية للفرقة المستأجرة وكما يلي :-

$$\text{القيمة الكلية للفرقة} = \frac{\text{قيمة الأرض} + \text{قيمة البناء}}{\text{المساحة الكلية}} \times \text{مساحة الفرقة}$$

$$\frac{\text{الاجرة السنوية للفرقة}}{100} = \text{القيمة الكلية للفرقة} \times \frac{\gamma}{100}$$

$$\text{بدل الإيجار الشهري للفرقة} = \text{الاجرة السنوية للفرقة} \div 12$$

ج - ٨٪ من القيمة الكلية في المقارنات والشقق المدة لغير أغراض السكن أو غي المقارنات أو الفسق المدة للسكن المؤجرة لغير أغراض السكن كالتكاسيم والنوازل والمدارس والأقسام الداخلية والنوادي . وهذا النص يشمل نوعين من المقارنات :-

١ - المقارنات والشقق المدة لغير أغراض السكن ، أي المقارنات - والشقق في العمارات غير المبنية للسكن والاستقرار العائلي وإنما عيبت في الأصل للاستثمارات الأخرى غير السكن كالحمامات والمطعم والدكاكين .

٢ - المقارنات والشقق في العمارات المدة في الأصل للسكن ولكنها مؤجرة لأغراض أخرى غير السكن ، كأنها ملاهي ومكاتب للدوائر الرسمية والأقسام الداخلية والنوادي مثلا .

وبالنسبة لنوعي المقارنات المذكورة في الفقرتين أعلاه ، تعتبر نسبة (٨٪) من القيمة الكلية هي الحد الأعلى ، فإذا كانت الاجرة السنوية تزيد عن هذه النسبة فنحن نصل إل هذا الحد أما إذا كانت تقل عنها فتبقى على حالها دون تعديل أو تغيير ، ولكن إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص المعنية العامة مستأجرة للمغار أو الشقة نبل ١/١/١٩٧٥ فنزاد الاجرة السنوية لتصل إل نسبة (٨٪) من القيمة الكلية وتسمى الزيادة اعتباراً

من تاريخ صدور قرار لجنة التفسير . (١)

ووسا نجد الإشارة إليه أنه في حالة استهلاك المأجور فليس مستأجر المصار
المستهلك الاستثمار بشفافه بعد استهلاكه بنفس الاجرة السابقة استهلاكه لقانون
إيجار المقار باعتبار أنه تبدل المالك لا يغير مقدار الاجرة . ذلك لأن المادة (١٦) من
قانون الاستهلاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٦ نصت على تسرر المقار المستهلك من
الحقوق التي عليه . لذلك يكون للمستهلك حق مطالبة المستأجر بأجر للتسليم
من تاريخ صدور حكم الاستهلاك (٢) . كذلك فقد منح القانون المؤجر أو المستأجر
أو الوسيط أو أي شخص آخر من الحصول على أي مال أو منفعة خارج نطاق
عقد الإيجار المبرم وفق أحكام قانون إيجار المقار ولا يشمل ذلك ما يستحقه
الدلال المأجور من أجر (٣) . ويطلب للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي
شخص آخر حصل على مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق أحكام
القانون بالحبس مدة لا تقل من ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن
مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين (٤)

-
- (١) راجع المادة (١٧) من التعليقات على (١) لسنة ١٩٧٩ . ص ٥٠ . نصت عبد المجيد
بكر شرح قانون إيجار المقار - المصدار السابق - ص ٥١ - ٥٢ .
هذا وقد خلصت اللجنة (ج) من البند (١) من المادة الرابعة بموجب تعديل قانون
إيجار المقار بالقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٠ المصاحف إليه سابقا .
بتاريخ ١٢/٥/١٩٩٩ / المنصوص في الوثائق المرفقة - المسقة الأولى - العدد
الأول - حزيران ١٩٩٩ - ص ٩٠ .
(٢) قرار محكمة استئناف منطقة بنغازي بصفتها التمييز رقم ٧١٩ / طرقية الصادر
(٣) المادة (٢١) من قانون إيجار المقار .
(٤) م ٢٣ / فقرة ٤ من قانون إيجار المقار .

الإيجرة والآلات

لمست المادة الخامسة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي
(١) - للمستأجر الخيار في استئجار العقار المثل للسكن مؤقتاً أو غير مؤقت
نظراً وفاق على استئجاره مؤقتاً يضاف إلى الإجرة السنوية ٢٠٪ من قيمة
الآلات ٢ - لملك المنزل (البانسيونات) الحق في إيجارها مؤقتة مع مراعاة النسب
للمعوص عليها في الفقرة السابقة) ٠

إن حق المؤجر لا يقتصر على إيجار العقار المثل للسكن فقط بل يمتد إلى
الآلات الموجودة في العقار ٠ وعلى هذا فإن المؤجر يستطيع أن يؤجر العقار المثل
للسكن سواء كان داراً أو شقة أو غرفة مع الآلات أو بدونها والخيار متروك
للمستأجر إن شاء استأجره مؤقتاً أو بدون آلات ٠

ولكن إذا كان العقار (بانسيونات) أي هذا في الأصل للسكن مؤقتاً وليس
للمستأجر الخيار في هذه الحالة بل لملك المنزل (البانسيون) الحق في إيجار
مؤقتاً مع مراعاة زيادة ٢٠٪ من قيمة الآلات إلى الإجرة السنوية ٠ وتتولى لجنة
التقدير في دوائر ضريبة العقار تقدير قيمة الآلات ولها أن تستعين بخبير أو أكثر
يشمل كل من المؤجر والمستأجر أجرته التي تقدرها اللجنة مناصفة (١) ٠

ولا توجد في مثل هذه الحالة أية علاقة عند تقدير قيمة الآلات بين القيمة
الكلية للعقار لئلا إيجارها وقيمة الآلات التي يحتويها ٠ حيث تقوم لجنة ضريبة
العقار بتقدير القيمة الكلية للعقار باعتبارها خالية من الآلات ثم يجري احتساب
بدل إيجارها وفق المادة الرابعة من القانون وحسب نوع العقار ٠ يجري بعدها
تقدير قيمة الآلات التي يحتويها المأجور ضريبة في ٢٠٪ ويضاف الناتج إلى
بدل إيجار العقار المحتسب سابقاً ليكون بدل الإيجار مفرداً مع الآلات (٢) ٠

(١) المادة الثامنة من التعليمات عدد (٦) لسنة ١٩٧٩ ٠

(٢) سعد خليل الرازي - المحضر السابق - ص ٢٠ ٠

المادة تحديد الإيجار -

نصت المادة السادسة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على أن
المالك العقار ، أن يطلب زيادة الإجرة ، إذا قام بموافقة المستاجر ببناء ممتلكات
في المأجور تزيد في قيمته أو منفعة على أن لا تتجاوز الزيادة النسب المخصوص
عليها في البنود (أ ، ب ، ج) من الفقرة (١) من المادة (الرابعة) من قيمة الممتلكات
ولغرض تطبيق هذا النص لابد من توفر الشروط التالية :-

١ - الحصول على موافقة المستاجر للقيام ببناء الممتلكات لأن إثبات ذلك
مستتصاف إليه - ولا يشترط في هذه الموافقة شكلا معينا - ولهذا يجوز
أن تكون تحريرية أو شفوية - ويصح عبثا إثباتها أن كانت شفوية على
المؤجر ، وكذا يفضل لو أن التسريح صرح نوع هذه الموافقة بالموافقة
التحريرية) وفقا للتزاعك والمساكن التي قد تحصل بين المؤجر والمستاجر
بسبب المواقفات الشفوية .

٢ - أن تزيد الممتلكات في قيمة أو منفعة المأجور - ولا يشترط هنا توفر
زيادة القيمة وزيادة المنفعة مما يطلب زيادة الإجرة بل يكفي أحدهما لذلك .

٣ - إقامة ممتلكات جديدة : تقتصر هذا النص كما يلاحظ على الممتلكات
دون الترميمات والتجديدات ، لذلك لابد من القيام بأية أو توسيع في
المأجور .

٤ - أن يقدم مالك العقار طلبا إلى السلطة المالية التي يقع العقار في منطقتها
لزيادة معدل الإيجار السنوي للعقار - وتحيل السلطة المالية الطلب إلى
لجان ضريبة العقار المختصة بعد تدوين المعلومات المناسبة بالعقار كما هي
في سجلات الضريبة على أصل الطلب مرفقا به البيانات المقتضا من المالك -

٥ - أن لا تتجاوز الزيادة في معدل الإيجار السنوي النسب المخصوص عليها في
الفقرة (١) من المادة (الرابعة) من القانون - وتقوم اللجان المذكورة بإعادة
النظر في تقدير معدل إيجار العقار وفيه بعد التأكد من بناء ممتلكات في
العقار وإقامتها بتقديم كلفتها بنية استخراج جدول الإيجار الجديد للعقار .

وتصدر اللجنة قرارها ويبلغ لكل من مالك والسلطة التالية والمسناجر
ويعتبر التبليغ إلى أحد طرفي العقد عند مراجعته تبليغا أصوليا (١) .

وكما أجاز القانون لمالك العقار أن يطلب زيادة الإجرة على الأساس الذي
لاحظناه في المادة السادسة . أجاز للمستأجر وفقا للمادة التاسعة منه ■
طلب تخفيض الإجرة إذا كان المالك قد قام ببناء مسكن أو طابق أو اكسر
في المجاور عندما يتسبب لذلك ولا يخل بمنفعة المستأجر في هذه الحالة أن
يطلب تخفيض الإجرة بما يناسب نقص المنفعة - (٢) .

اسلوب الوقت بالإجرة في قانون إيجار العقار

بموجب الفقرة الأولى من المادة الماثرة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة
١٩٧٩ تدفع إجرة العقارات المشمولة بأحكامه سلفا وبأقساط شهرية بصرف
النظر من مدة سريان عقد الإيجار ، ويعتبر كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك بطلا
ويعتضي هذا النص يدفع بدل الإيجار مباشرة للمؤجر أو من يقوم مقامه قانونا .
وقد أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة دفع الإجرة بواسطة الكاتب العدل أو بحواله
مصرفية أو بريدية لحساب المؤجر . وفي ذلك تسهيل للمستأجر ليختار الأسلوب
الذي يراه سهلا ومناسبا له ، خصوصا إذا ما شارك المستأجر الوقت بالإجرة
إلا أنه لم يجد المؤجر أو وكيله بعد البحث عنهم أو أنه لا يمتلك الوقت الكافي
لايصال الإجرة بنفسه وغير ذلك من الأسباب -

ويستثنى من مبدأ تسديد بدلات الإيجار بأقساط شهرية سلفا ، حالة ما إذا
كانت الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة مؤجرة ، فالمستأجر أن يدفع بدل
الإيجار شهريا أو بالوسط واحد أو أكثر (م ١٠ / ف ١٠) من قانون إيجار العقار ،
رسالة المقارنات التي تستأجرها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ، وفي حالة
الحالة تراعى شروط دفع الإجرة المنصوص عليها في عقد الإيجار والمادة ١٠ / ف ٢
من القانون .

(١) د . عصمت عبد المجيد بكر - شرح قانون إيجار العقار - مصدر السابق -
ج ٥٦ -

(٢) المادة التاسعة من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .

ولم توضح المذكرة الايضاحية للمفانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ السبب الذي دفع المشرع الى استثناء المقارات المذكورة في الفقرتين المذكورتين في الاصل ، ولكن هناك من يعتقد بان السبب بالنسبة للفقرة الاولى هو مراعاة جانب المستأجر وذلك بترك حرية تسديد بدل الايجار له شهريا او بنقطة واحدة او اكثر ولاكتفاء طابع الاستئصال من هذا المقدر ، وكذلك التخليص عن الاجهزة المنزولة في دوائر الدولة والاشخاص المحتوية العامة عند تسليم بدلات الايجار شهريا .

أما بالنسبة للفقرة الثانية ، فيبدو ان السبب هو مراعاة جانب المؤجر لكي يستطيع يستلم بدل الايجار صفقة واحدة او على قسطين خمسينا ورد في المقدر المبرم بين الطرفين ولتجميع القطاع الخاص على تأجير المقار الى الدولة او الاشخاص المنوية العامة ، وكذلك الصعوبات امام هذه الجهات للحصول على المقار لاتخاذها حقوات ومكانها لها (١)

وقد يستنتج المؤجر عن استلام نسط الايجار المستحق من المستأجر لاي سبب من الاسباب ، وفي مثل هذه الحالات يجوز للمستأجر وفقا لما تقتضي به الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون ايجار المقار ان يودع القسط المستحق لدى ائرة الكائن العدل في المدينة التي يقع فيها المقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه ، وينصل للمؤجر هنا مساويف الإنذار والإيداع التي تستقطع من القسط المودع ، وبهذا الاجراء من قبل المستأجر سيكتفي امكانية مطالبة بالتخلف بسبب عدم دفعه بدل الايجار وفقا للفقرة (١) من المادة السابقة عشرة من القانون اذا ما توافرت شروطها .

وقد تكون ملكية المقار المأجور شائعة ، وفي هذا الصدد ذهب القضاء العراقي الى ان ايداع نسط الايجار المستحق باسم أحد الشركاء يعني بالعرض المقصود (٢)

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر - المصدر السابق - ص ٦٤
(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢١ / هيئة عامة / ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٢/٢٦
مستورد في مجلة القضاء - المجلد ٢ - السنة ٢٢ - ١٩٧٧ - ص ٢٨٩ .

المبحث الثالث

مدة الإيجار

عقد الإيجار من عقود المدة أو العقود الزمنية تقاس فيه المنفعة بالعين بمقابلتي
وعني ، بحيث لا يمكن تحديد مدى انتفاع المستأجر إلا بالثمن الذي ينتفع فيها بالعين
والإمساك في الإيجار التافه فلا يصح أن يفصل الانتفاع بالعين عن ملكيتها بصفه
دائمة . كما أن عقد الإيجار ينشئ التزاماً شخصياً ، والالتزامات الشخصية
لا يصح أن تكون مؤبدة .

وينبغي أن تحدّد المدة في العقد فإما عرض لها الطرفان واختلفاً حول تحديدهما
ولم يصل إلى حل بشأنها ، لا يتعدّد العقد لتختلف عنصر جوهرى من عناصره ،
وهو عدم الاتفاق على عنصر المدة . ومع ذلك فإن الطرفين قد لا يتعرضان للمدة
عند التعاقد وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً ويتولّى القانون تحديدها (١) .

ويراعى أنه إذا كان للطرفين تحديد مدة الإيجار فإنه ينبغي أن يدخل في الاعتبار
إلى جانب ذلك ما ينشئ به قانون إيجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، من
حيث تحديد المدة وقرض التجديد القانونى لمدة الإيجار ، في النطاق الذى يمسرى
فيه هذا القانون . وعلى هذا الأساس سندرس مدة الإيجار في القانون المدنى
وقانون إيجار المقار لمطالبيهن هتاليين .

المطلب الأول

« المدة في ضوء أحكام القانون المدنى »

من مستلزمات الإيجار أن يحدّد مدة محدودة ، حيث قضت المادة (٧٩٢) من
القانون المدنى العراقى بأن الإيجار « تسليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة
محدودة » (٢) فتأيد انتفاع المستأجر بتناهى مع طبيعة عقد الإيجار . ولهذا
فالمطلب أن ينفق المتعاقدان على المدة لأن الثمن لا يتم الإيجار بدونها ولكن قد
يحصل أن لا تعرض المتعاقدان للمدة أصلاً ، أو أن يتفقا على أن يكون الإيجار

(١) د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

لغة غير معينة ، أو ان يتفق على مدة معينة ولكن يتغير انبثاقها ، وفي هذه الحالات الثلاث لا يعتبر الإيجار باطلا بل يكون صحيحا ويعمل القانون بتحديد لمدة (١) . وهذه المدة قد تكون قصيرة لأن المشرع لم يضع حدا أدنى لمدة الإيجار بحيث لا يجوز أن تقل عن وبالتالي فإنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على أية مدة قصيرة للإيجار كما لو اتفقا على أن تكون مدة الإيجار ساعة أو لى جزء من الساعة أو يوما أو أسبوعا أو شهرا ، كما قد يتفق على مدة طويلة لمدها سنة أو عدة سنوات أو أية مدة زمنية أخرى .

وإذا لم يكن المشرع العراقي قد وضع حدا اعلى لمدة الإيجار بالمضي الذي لايجوز للطرفين تجاوزه ، فإن الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) من القانون المدني أعطت الحل لكل من المؤجر والمستاجر ان يطلب إنهاء الإيجار بعد مضي ثلاثين سنة على مضي انعقاده فيما إذا كانت المدة المتفق عليها للإيجار تزيد على ثلاثين سنة أو كان الإيجار مؤبدا . حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي :

((إذا كان عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبدا جاز انهاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية (١) المادة ٧٤١) ويكون باطلا ((كل اتفاق ينظمي بشير ذلك)) .

وعلى هذا الأساس إذا سمع الطرفان مدة الإيجار تزيد على الثلاثين سنة وانتهى في العقد بأنه لايجوز لأي منهما طلب إنهاء الإيجار بعد مضي ثلاثين سنة عليه فإن هذا الشرط لايجوز به ، حيث يجوز للمؤجر أو المستاجر بالرغم من وجود الشرط المذكور طلب إنهاء الإيجار بمجرد مضي مدة الثلاثين سنة بعد مرور مواعيد التنبيه بالانحلال لأن الشرط المذكور يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام وهذا ما نصه المشرع بقوله في الفقرة (١) من المادة (٧٤٠) ((ويكون باطلا كل اتفاق ينظمي بشير ذلك)) أي ان الإيجار لا يكون باطلا بمجرد احتوائه على الشرط الذي يمنع أي من الطرفين إنهاء الإيجار وإنما الذي يبطل هو الشرط فقط دون العقد .

(١) د. العامري - المصنف السابق - ص ٢٢٨ .

وإذا لم يحاطر فإن مدة معينة للإيجار فإنه لا يشترط أن تأتي تلك المدة متصلة حيث لا يوجد ما يمنع من أن تكون متقطعة . فقد تؤجر الفار لمدة ثلاث سنوات متصلة بحيث لا يتخلل المدة المذكورة فترة زمنية تعود إليها العيّن إلى المؤجر . كما قد تكون مدة الإيجار متقطعة كما لو أجرة فلم سينتهي مرة واحدة في الأسبوع لمدة سنة أو تم تأجير مسرح مرتين في الأسبوع لمدة ثلاثة أشهر مثلا أو تأجير متعبكرة يسوم واحد من أيام الأسبوع (٦) .

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (٧٤٠) من القانون المدني العراقي بأبقتهم مهم حيث أجازت أن تكون مدة الإيجار مدة حياة المؤجر أو المستأجر ولو زادت المدة في هذه الحالة على ثلاثين سنة . والواقع أن الإيجار لمدة حياة المؤجر أو المستأجر لا يعتبر مؤبداً لأن حياة الإنسان مؤقتة . فإن كان الإيجار لمدة حياة المستأجر . بقي الإيجار ملزماً للمؤجر والمستأجر ما بقي المستأجر حياً ولو مات المؤجر من بعده . أما إذا مات المستأجر فإن الإيجار ينتهي ولا ينتقل إلى ورثته من بعده . وإذا كان الإيجار لمدة حياة المؤجر . بقي الإيجار نافذاً ما دام المؤجر حياً ولو مات المستأجر قبله . وعند ذلك ينتقل الإيجار إلى ورثة المستأجر ولا ينتهي . يموت المؤجر . كذلك يجوز أن يكون الإيجار لمدة حياة كل من المؤجر والمستأجر ويعلم ما بقي أحد شيئا حياً فإذا مات أصبحا انتقل الإيجار إلى ورثته ويتقضى إلى أن يموت الآخر . (٧)

وقد اشترى المشرع العراقي عقد الإيجار الذي يخضع فيه على أن يبقى نافذاً ما دام المستأجر يدفع الإجرة . أنه مقبوض لمدة حياة المستأجر . غير أن عقده الإيجار يعتبر في هذه الحالة مطلقاً على شرط فاسخ هو أن يريد المستأجر إنهاء بينة للمؤجر إلى ذلك فينتهي . أما الإيجار الذي يخضع فيه على أنه باق ما دامت العين المؤجرة باقية فهو إيجار مؤبد يجوز إنشاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة إذا لم تهلك العين قبل ذلك . (٨)

- (٦) د . كمال قاسم تروت - المصدر السابق - ص ٦٦ وحدها معها د . عباسي الصراف - المصدر السابق - ص ٣٤٧ .
(٧) راجع د . العاصري - المصدر السابق - ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .
د . الشهودي - الوسيط - ج ٦ - المصدر السابق ، ص ١٤٩ .
(٨) د . العاصري - المصدر السابق - ص ٢٣٠ .

ومن الجدير بالذكر هنا ان بعض التشريعات كالتانون المدني المصري مثلا لم تلحح حدا أقصى للمدة التي يجوز التأجير فيها . لذلك ذهب غالبية الفساح الى انه لا يجوز ان تكون مدة الايجار مسرعة في الطول بحيث تفصل منفعة الشيء غير جائز وان كان نسبيا . وتركوا التقدير ما اذا كان الايجار مؤقتا او مؤبدا المؤجر من ملكيته مدة طويلة . واعتبروا طول مدة الايجار في مثل هذه الحال تأييدا لتأنيدي المرسوم يفصل فيه وفقا لطبيعة الشيء المؤجر والغرض الذي استأجر من اجله بحيث يكون له ان يعتبر ايجار متداول معين لمدة عشرين سنة ايجارا مؤبدا ، في حين يكون له ان يعتبر ايجار قطعة ارض للبناء عليها غير مؤبد ولو كانت مدهه خمسون عاما . وانطلق الفساح على انه بالنسبة لتأجير الاراضي لايجوز ان تزيد مدة الايجار على سنين عاما وذلك قياسا على عقد الحكر (١) .

وقد نصت المادة (٧٤١) من التانون المدني العراقي على انه (٢) اذا علم الايجار دون اتفاق على مدة او مدة غير محددة او اذا تملز اثبات المدة المدة بها فيعتبر الايجار متديدا للمدة المحددة لقطع الاجرة وينتهي بالقضاء هذه المدة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه المتعاقد الآخر بالانقضاء في الموعيد الاتي بياناها :-

(أ) في الاراضي اذا كانت المدة المحددة لدفع الاجرة سنة أشهر او اكبر يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة اشهر . فاذا كانت المدة اقل من ذلك . كان التنبيه قبل تسليها الاخير . كل هذا مع مراعاة حكم المستأجر في المحصول وغلبا المعروف .

(ب) في المنزل والحوافيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما الى ذلك اذا كانت المدة المحددة لقطع الاجرة اربعة اشهر او اكثر يكون التنبيه قبل انتهائها بشهرين . فاذا كانت المدة اقل من ذلك كان التنبيه قبل تسليها الاخير .

(١) وهو قد يجرى للمحكر سقا عينا في الارض المحكرة ويقع عادة على ارض خربة يقتضي استعمالها مدة طويلة . راجع نه
 ٢٠ محمد كبيب شنب . المصدر السابق - ص ٧٩ ، المادة ٩٩٩ - مدني مصري .

وفي المسكن والعرف الثلاثة وفي أي شيء غير ما تقدم إذا كانت المدة المحددة لدفع الإيجرة شهرين أو أكثر يكون التنبيه قبل نهايتها بشهر واحد . وساقى كانت المدة أقل من ذلك كان التنبيه قبل نصفها الأخير (١) .

ويظهر من هذه المادة أنه إذا عقد الإيجار ولم تذكر فيه المدة فإذا كسبان مرضوع الإيجار فرضا واتفق الطرفان على أن يدفع المستأجر الإيجرة بمدة سنوية مثلا فإنه يجب على المؤجر أن ينبه عليه بالإشلاء قبل انتهاء السنة بثلاثة شهور على الأقل . أما إذا كان المستأجر يدفع الإيجرة في أقل من ستة شهور كان الواجب على المؤجر أن ينبه على المستأجر بالإشلاء قبل ابتداء نصفها الأخير (١) .

ولنضرب مثلا على إيجار المنزل أو الحوانيت فنفرض أن يحدد دفع الإيجرة هو كل ثلاثة أشهر فمدة الإيجار تكون ثلاثة أشهر تمتد إلى ثلاثة أشهر ثانية وثلاثة أشهر : ثلاثة وهكذا إلى أن يحصل للتنبيه بالإشلاء من أحد الطرفين . والتنبيه بالإشلاء يجب أن يحصل قبل - شهر ونصف على الأقل من انقضاء مدة الثلاثة أشهر وإذا كانت الإيجرة تدفع شهريا فيجب أن يكون التنبيه قبل نصف شهر على الأقل . أما إذا كانت الإيجرة تدفع سنويا أو كل سنة أشهر فيجب أن يكون التنبيه قبل شهرين . فإذا حصل التنبيه بمسند الميعاد كان غير نافذ ولو كان سبب التأخر قوة قاهرة (٢) . ونفس القاعدة تطبق في حالة اجارة المساكن والفرفن الثلاثة . ولكن هذه الأحكام لا تنبر من النظام العام ليجوز الاتفاق على خلافها فيجوز إطالة مدة التنبيه أو تقصيرها . وسواء كانت مدة الإيجار معينة أو غير معينة فإن للمدة المذكورة تبدأ من التاريخ الذي حددته الطرفان في العقد لبرايها . فقد يبرم الإيجار بتاريخ معين ولمدة معينة إلا أن الاتفاق بينهما يتم على سريان المدة من تاريخ لاحق لانقضاء الإيجار . فإن مدة الإيجار تسرى عندها من هذا التاريخ اللاحق وليس من تاريخ الانقضاء . أما إذا سكنت الطرفان عن تحديد التاريخ الذي تبدأ منه مدة الإيجار بالسريان فإن مدة الإيجار تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وله

(١) د . عباس السراف - المصنوع السابق - ص ٢٤٩ .

(٢) د . المامري - المصدر السابق - ص ٢٢٢ .

نصت على، تقدم المادة (٧٣٩) من القانون المدني بالقول ((تبدأ مدة الإجارة من الوقت الذي مسمى في العقد وإن لم يسم فسن تاريخ العقد . (١))

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي لم يجر لتعديل طائفة المستأجر بالتخفية إلا إذا توفر أحد الاستثنائات الواردة في المادة السابعة عشرة منه . فقد حدد مدداً لإنذار المستأجر بالتخفية ولا ميثاقه في البقاء في المأجور . وسنتكم عن هذه المادة القانونية عند دراستنا لإنهاء عقد الإيجار .

- المطلب الثاني -

السنة في قانون الإيجار المعدل

لوجب قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ تعيين مدة الإيجار في العقد ، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على ما يلي : ((تعيين مدة الإيجار على العقد وعند عدم تعيينها يعتبر الإيجار منعقدا لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد فإن لم يسم فمن تاريخ تسليم المأجور (٢) للمستأجر خالياً من التمتع)) .

والأصل وفقاً لهذا النص يتجلى في تحديد مدة الإيجار من قبل المتعاقدين ، إلا أن عدم تعيينها لا يترتب عليه بطلان العقد بل يعتبر منعقداً لمدة سنة تبدأ من الوقت المسمى في العقد وفي حالة عدم تسمية هذا الوقت فمن تاريخ تسليم المأجور إلى المستأجر خالياً من التمتع .

وعلى الرغم من أن مدة الإيجار تكون غالباً محددة بموجب العقد المبرم بين انتهاء المدة الميئة لا ينهي عقد الإيجار ما دام المستأجر ياتياً في المأجور ومستمراً على دفع الإجرة وموفياً بكافة التزاماته القانونية بالاستناد إلى المادة الثالثة المأجور والمستأجر أو باعتبارها مدة بموجب القانون إن لم تكن محددة في العقد ، فإن من قانون إيجار العقار ويتم بقاء المستأجر في المأجور دون الحصول على موافقة المأجور أو حتى لو عارض في بقاء المستأجر بعد انتهاء المدة المحددة في العقد فإن بقاء المستأجر في المأجور حق مستند من القانون وليس من العقد .

(١) - د . كمال قاسم ثروت - المصدر السابق - ص ٣-١ .

الباب الثاني

العقد الإيجار

ذكرنا بأن عقد الإيجار عقد به يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بالمأجور خلال مدة معينة مقابل بدل يلتزم به الأخير . ومن المؤكد أن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين حيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لما يسطر وهو عرصة يرد على المنفعة خلال المدة المحددة على أن يرد المأجور إلى المؤجر في نهاية المدة . فالإيجار يولد التزامات متبادلة على عائق طرفيه تنجلي بالنسبة للمؤجر في تسليم المأجور ومبانيه وضمنان الميوب فيه وضمنان التمرض والاستحقاق . كما يوجب على المستأجر دفع بدل الإيجار واستعمال المأجور فيما اتفق عليه أو لبعده أعد له والمحافظة عليه وعدم التصرف فيه إلا في حدود ما يجيزه القانون أو الاتفاق . وأخيراً وده عنه انتهاء العقد مع أخذصوص القوانين الخاصة بقانون إيجار العقار . القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ إلى هنا الموضوع .

لقد تناول القانون المدني العراقي بحث آثار عقد الإيجار في المواد (٧٤٩-٧٧٨) وهيصوص تعتبر مكملة لإرادة المتعاقدين حيث يجوز الاتفاق على خلالها تنميتها أو تخفيفها ما دلم ما اتفقا عليه غير مخالف للنظام العام والأدلة ، وحسب بحارة أخرىصوص لا تعد من النظام العام .

وفي ضوء ما تقدم سندرس هذه المواضيع في أربعة فصول متتالية نتناول في أولها التزامات المؤجر وفي ثانيها التزامات المستأجر كما سندرس طبيعة حق - المستأجر والتصرف فيه في ظل القانون المدني وقانون إيجار العقار في الفصل الثالث . أما الفصل الرابع فستخصصه لبحث انتهاء عقد الإيجار الذي يتضمن دراسة أسباب التخلية في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ .

الفصل الأول

التزامات المؤجر

إن تعريف المشرع العراقي لمقد الإيجار يبين لنا بوضوح طبيعة والتزامات التزامات المؤجر التي توجب عليه أن يولي المستأجر حق الانتفاع بالمأجور ، والقيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى هذه الناية ، فيلزم أن يقوم بتسليم المأجور وأن يسكن المستأجر من الانتفاع به على نحو دائم من خلال صيانه كما يصل على دفع ما له يقع للمستأجر من تعرض ويتلافى ما قد يكون في المأجور من عيوب ، وككل هذا في سبيل جعل المأجور في حالة تزيد إلى الغرض الذي اتفق عليه أو السبب الذي له لأجور .

وإذا كانت النصوص القانونية الواردة في القانون المدني بهذا الشأن تعتبر نصوصاً مكملية حيث يمكن لطرفي العقد الاتفاق على خلافها ، فإن هناك نصوص قانونية واردة في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ تشكل التزامات جديدة تقع على عاتق المؤجر بالنسبة للعقارات التي تخضع لأحكام هذا القانون كجزء من وظيفة المقام الاقتصادية لإيجورالاتفاق على خلالها ، من ذلك التزام المؤجر بضرورة اختبار سلامة خيرية المقار يتلو المقار والتزامه بإيداع نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة خيرية المقار في مدة حددها القانون

لذلك سنعالج هذه الالتزامات في نصوص أحكام القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار .

المبحث الأول

تسليم المجرور

المطلب الأول

كيفية التسليم وزمانه ومكانه ونطاقه

كيفية التسليم

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي :

((يسرى على الالتزام بتسليم المجرور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام ، وعلى الخاص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد طقساته المجرور ، مثل هذا ما لم يوجد نص بخلافه)) . ولم يكتف الشرح العراقي بهذا بل نص في المادة (٧٤٩) على أن ((تسليم المجرور يكون بإجازة المُرَجَّع وترخيصه للمستأجر ، أن يعف عن به فلا مانع ، ويلزم أن يبقى المجرور يد المستأجر بلا اتصال مستمر إلى انقضاء الإجازة) .

ويبدو لنا أن النص الأخير بين كيفية حصول التسليم بما يشجع مع طبيعة عقد الإيجار القانونية التي تختلف طبعاً عن عقد البيع - كما رأينا - والتي تنطوي على ضرورة القيام بأمرين :-

أولهما وضع المجرور تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازته والاستمتاع به دون طائق ، وثانيهما إجازة المُرَجَّع وترخيصه للمستأجر الانتفاع به (١) .

والتسليم الحقيقي لا يشترط فيه انتقال الحيازة لادبية فضلاً عن المُرَجَّع المستأجر ، ولكن يشترط بوضع العين تحت تصرف المستأجر بحيث يستطيع

(١) « الماضي - لصدر السابق - ص ٧٢٤ » .

حيلا لها دون مانع . وينتقل ذلك اذا كانت العين المزجرة مـحـرـلا بتسليم نتائجها للمستاجر واختلافه من المستاجر السابق ومتعلقاته . وإذا كانت العين المزجرة أرضا زراعية فيكون تسليمها بوضعها تحت تصرف المستاجر بعد اختلافها من الآلات والمواشي . وينتقل على ذلك انه اذا وجد مانع يعول دون ارتفاع المستاجر بالعين فلا يعتبر المزجر قد قام بواجب الوفاء بالقرابة بالتسليم . ويستوي ان يكون هذا المانع ماديا أم قانونيا . ويستوي ان يكون المانع ناشئا عن فعل المزجر نفسه او من فعل أحد اتباعه أم راجعا الى فعل الغير . فإذا كانت هناك اعياء في العين المزجرة تخص المزجر أو مستاجر سابق بحيث لا يتمكن المستاجر من ارتفاع بها وهي على هذه الصورة كان هذا مانعا من التسليم أو كان هناك شخص يملك العين فيلتزم المزجر في كل هذه الاحوال بان يقوم باشتاتها . وبمضاف الى ما سبق ضرورة انقطاع المستاجر بان العين موضوعه تحت تصرفه ومن الانقطاع يتم بأي طريق ولكن عب اتباع حصوله يقع على عاتق المزجر (١) .

ويصح ان يكون التسليم حكما (معتويا) اذا كان الشيء في يد المستاجر قبل الإيجار لأي سبب من الاسباب ، كما اذا كان مودعا لدى أو معاولة له . ففسي هذا الغرض يتم التسليم بمجرد فراض المتأقدين على تغيير سبب الحياة التي يجره إيجار (٢)

زمان ومكان التسليم وظلاله

نصت المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي على ان لا يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم الشيء من أحكام وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتعدد ملحقات المأجور . كل هذا ما لم يوجد نص يخالفه . وهذا يعني ان المشرع العراقي احال بدوره الى نص المادة (٥٣٦) الواردة ضمن النصوعى لشبهة لبقاء البيع والتي تقضي بان

(١) راجع في ذلك : د . تقي - ص ١٢٧ - د . الصراف - ص ٣٥٧
(٢) د . فني - ص ١١٩ - د . تقي - ص ١٢٧ - د . المامري - ص ٢٣٥

III على البائع ان يسلم المبيع وتوافقه الى المشتري عند ثمنه الثمن ولو لم يسلم المشتري أخذ المبيع لي ولت حين قبل ثمنه الثمن جائز) .

ان الاجرة في عقد الايجار تقابل المصلحة وهذه قاعدة أساسية لا بد من أخذها بنظر الاعتبار دائما لذلك فان دفع الاجرة يعني ضرورة تسليم المأجور . وهذا ما اكده لنا المادة (٧٤٦) بالقول ((على المؤجر به تبضه الاجر للمسمى المشروط ان يسلم للمأجور الى المستاجر . . . الخ) . ولكن هذا الامر لا يعد من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على خلافه كلان يتفق المتعاقدان على تسليم المأجور السي المستاجر بمجرد العقد الايجار على ان يؤجل دفع الاجرة الى تاريخ لاحق يتفق عليه ، ولقد يتفقان على دفع الاجرة مقدما على ان يؤجل تسليم الاجرة الى ميعاد معين (١) . ولقد لاحظنا ما يأن الاجرة بالنسبة للتقاربات المضمولة باحكام قانون ايجار الكمار يجب دفعها مقدما وباتسببات شهرية وبعد هذا الامر من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه (٢) .

اما من مكان تسليم المأجور فهو يختلف تبعا لوجود اتفاق بين الطرفين على تسليم المكان الذي يسلم فيه المؤجر العين الى المستاجر من عدم وجود ذلك الاتفاق . الا ان نص المادة (٥٢١) من القانون المدني العراقي التي أسالت اليها المادة (٣١٨) تشير الى ان مطلق عقد الايجار يقتضي تسليم المأجور في المثل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد ، واذا كان المأجور منقولا ولم يبين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة المؤجر (٣) . اما بالنسبة لتقاربات التسليم يسود المصموم نصا عاما بذلك ما يقتضي الرجوع لحكم القواعد العامة الواردة في المادة (٢٩٨) التي تضع هذه التقاربات على عاتق المدين (المؤجر) ما لم يوجد اتفاق او عرف او نص يقتضي بشير ذلك . والامثلة على هذه التقاربات كثيرة منها تقاربات تسليم آلة زراعية مستوردة يجب على المؤجر دفع اجرة تشغيلها ونقلها ورسومها والكسركية لكي يشكّن المستاجر من استلامها . وتقاربات اخلاء العين المؤجرة مما بها من امتعة ،

(١) د. العامري - ص ٢٢٥ .

(٢) المادة (١٠) من قانون ايجار المقار التالذ .

(٣) راجع : د. كمال قاسم غرود - ص ١٣٥ ، د. العامري - ص ٢٢٥ .

وتلحق اعلام المستأجر بوضع الشيء تحت تصرفه . وتلحق صيغ الارض وكذا سواها اذا اقتضى التسليم ذلك .

كما تشمل تلحق التسليم المصاريف اللازمة لرؤيته او الرأيه فيها اذا كان سينا مسلما كأجرة الكيل او الورق او المد . والقصاص (١) .

المطلب الثاني

ما يجب على المؤجر تسليمه وحكم التقصير او الزيادة : يلتزم المؤجر بتسليم الشيء المتفق عليه في العقد ولا يجوز له تسليم شيء آخر بدلا منه الا اذا قبل المستأجر ذلك . كما يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة بسلامة احوالها المبيى في العقد دون زيادة او نقصان . الا ان تسليم المؤجر لوجده قد لا يكون كافيا خصوصا في الحالات التي نتج المأجور فيها ملحقات معينة لا يمكن الانتفاع به بدورها (٢) .

وفيما يتعلق بملحقات المؤجر انما المادة (٧٤٨) مدني مرآة الى الاحكام الواردة في باب البيع الخاصة بملحقات البيع .

ولتحديد ما اذا كان الشيء من ملحقات المؤجر ام لا لا بد من الرجوع الى الاتفاق الطرفين حيث لا يوجد ما يمنعها من اعتبار بعض الاشياء كملحقات للعين حتى وان كانت طبيعة العين او عرقه الجيدة يقضيان بعدم اذنها من ملحقات .

اما اذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين بهذا الشأن فيلزم الرجوع عندها الى العرف لحدده ما يعتبر من الملحقات وفي حالة عدم وجود عرف يتم الرجوع الى طبيعة العين للفصل فيما اذا كان الشيء يعتبر من الملحقات ام لا .

ويمكن القول بان ما يعتبر ملحقا للعين هو كل شيء احد بصورة دائمة لخدمة العين بحيث ينقص الانتفاع بها بدون الخس . فاذا كانت العين ارضا زراعية فان

(١) د . العاصري - ص ٢٣٦ - د . قفاخر - ص ١٢٦ - د . شفيق - ص ١٢٧ -

د . ثروت - ص ١٢١ .

(٢) د . شفيق - ص ١٢٩ - د . العاصري - ص ٢٣٦ .

المحلات المخصصة لمخزن الحبوب أو الحاصل تعتبر من ملحقات الأرض وكذلك الأمر بخصوص الدور المعد لمساكن الفلاحين والمحلات المخصصة لبقاء المواشي ليعسا والشرب والطريق . أما الأدوات والآلات الزراعية وكذلك المواشي ، فلا تعتبر من ملحقات الأرض وبالتالي فإن الإيجار لا يشملها إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على شمولها بالإيجار أو وجه عرفه يقتضي بضمها من الملحقات . ويستلزم إيجار المحلات المخصصة للمسكن كالقصور والشقق ، الأبنية المبنية فيها كالمغاريب المبنية في الجدران والقبائر ، كما وتستلزم كذلك مرافق الدار بما في ذلك الأبنية المخصصة للخبز وحديقة الدار والكراج إن وجه وحقوق الارتفاق . ولا يشير مسن ملحقات الدار عقود التامين وسنقات ملكية المؤجر في حالة كون الأخير مالكا للدار وإذا كان المؤجر متقولا كالمسيارة مثلا فإن إيجارها يشمل الدار في استئجارها إيجارها الاتصالية وأدواتها الاحتياطية . (١)

لما فيها يتعلق بنقص المؤجر أو زيادته ، فقد فرق المشرع العراقي بين حالة تقدير الأجرة جملة ، وحالة تقديرها بمرور الوقت ، ولم يرد في المادة الأولى أي أثر على الزيادة في المهن المؤجرة واكتفى بأن يرتب على النقص فيها حقا للمستأجر في فسخ الإجارة فقد نصت المادة (٧٤٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي : ((المستأجر بالتأجير في دار استأجرها على أن تشمل على عدد معين من الحجرات والمرافق فظهرت ناقصة ، فإن شاء فسخ الإجارة وإن شاء قبلها بالأجر المسمى وليس له انتقاص الأجر)) . وكما جاء في المادة (٧٤٦) مدني عراقي : ((إذا استأجر أرض على أنها تشمل على مساحة معينة فظهرت أنها زائدة أو ناقصة صححت الإجارة ولزم الأجر المسمى ولكن في حالة النقص يكون المستأجر مخيرا فيما فسخ الإجارة)) . فلو كنا أمام أرض استأجرت بمساحة معينة كالف متر مربع مثلا وحصلت أجزائها بمساحة أصغرية مقدارها ألف دينار سنويا لجميع مساحة الأرض ثم ظهرت زائدة بأن كانت مساحتها ألف ومائة متر فإن الإيجار يكون صحيحا في هذه الحالة أيضا ولا يلزم المستأجر إلا بدفع الأجر المسمى أي الألف دينار دون

(١) د. ثروت - ص ١٢٩ .

ما يتوجب على الزيادة في المساحة من اجرة (١) ، وإذا كان القانون له اعطى للمستأجر حق الفسخ في حالة نقص العين ولم يعط للمؤجر هذا الحق في حالة الزيادة ، فذلك لأن نفس الوحدة كانت في يد المؤجر لا في يد المستأجر ، وإذا عقد المستأجر الذي يجعل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا عذر للمؤجر في سوء كانت المحطة تخص عليه ليه ان يتهين قدر ما يؤجر قبل الانقضاء على تاجيره (٢) - كذلك فان الزيادة في المساحة في حالة تحديد الاجرة بصورة اجبالية يعتبر وصفاً والوصف لا يفسخ عنه شيء من الاجرة بينما يختلف الامر لو اعتبرت الزيادة املاً لأن الاصل لانه ما يتنازل عن الاجرة - (٣) أما السبب في اعطاء المستأجر الحق في فسخ العقد في هذه الحالة فيجده تبريره في ان هذا الاخير لو كان عالماً بمساحة الأرض فلربما لم يكن قد اقدم على إبرام عقد الايجار الذي قد لا يحقق الأغراض التي يروم الوصول اليها بسبب هذه المساحة (٤) .

لما اذا كان الايجار قد جرى بسعر الوحدة القياسية ، كان استأجر شخص أرضاً مساحتها (١٠٠) متر مربع بسعر خمسين ديناراً للمتر المربع الواحد في السنة ، فلما ظهرت الأرض (المساحة) ناقصة كان سببها خيراً بين الفسخ وعنده عند الزيادة او النقصان - فلذا اختار المشتري في الايجار كن - لواجب يقضي عليه بأن يدفع من الاجرة ما يتقابل الزيادة وكان له ان ينقص منها ما يتقابل النقصان - وان احتياط للمؤجر في هذه الحالة وعدم تاجيره اذ هذه بصورة اجبالية وانشر به الايجار بسعر الوحدة القياسية جوازاً جعل له الحق في طلب هو زيادة الاجر عند ظهور زيادة في الأرض المؤجرة (٥) .

ان الاحكام المتقدمة ليست من النظام العام ، حيث يجوز للاتفاق على خلافها ، كذلك فان احكام نقص المبيع او زيادته تنطبق على حالة نقص المأجور او زيادته بالتقدير كذا لا تعارض فيه هذه الاحكام مع النص صريحاً الخاصة بعقد الايجار .

(١) د. العامري - ج ٢٣٧ ، د. تروت - ص ١١٧ .

(٢) شتوب - ص ١٢٦ .

(٣) تروت - ص ١٨٨ .

(٤) الصراف - ص ٣٦٩ .

استثنائاً الى المادة (٧٤٨) التي احوالت الى احكام تسليم المبيع في المادة (٥٤٦) فيما يتعلق بتسليم المأجور ، وعلى هذا الاساس فان حق المستأجر في طلب الفسخ وحق المؤجر في المطالبة بتكملة الاجرة بنسبة ظهور الزيادة في المأجور في المادة التي يكون له مثل هذا الحق مكفول بتحديد : - اولها ان تتجاوز الزيادة او النقص ٥٪ مسجلة مقدراً للمأجور وثانيها ان ترفع الدعوى خلال مدة ثلاثة اشهر من وقت تسليم المأجور تسليمًا فعلياً لا تسليمًا معنوياً حيث لا يؤخذ بنظر الاعتبار التسليم المعنوي لانه لا يمكن المستأجر من التآكل من مساحة الارض وانما يستند بالتسليم الفعلي لان التسليم هذا وحده يخلق ذلك الفرض (١) .

ولا شك بان للميار الذي اعتمدته المشرع العراقي هنا هو ميار تحكيمي بوضعه نسبة معينة يجب ان تتجاوزها الزيادة او النقص ، ونحن لانعده الميزان السوي هذا للميار ، ونفضل الاساس الذي لانه المشرع المصري في المادة (٤٢٢) واخذ فيه بجماعة النقص او الزيادة ، حيث لا يعطي المستأجر حق المطالبة بالفسخ الا اذا كان النقص او الزيادة جسيماً ، وتقدير ما اذا كان النقص او الزيادة جسيماً أمر يترك لتقدير القاضي لموضوع الذي يأخذ طبيعة المأجور ومسا عيود العقلة التعاقدية من طرف ينظر الاختيار .

المطلب الثالث

العقلة التي يجب تسليم المأجور عليها

نصت المادة (٧٤٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :
(على المؤجر بعد قبضه الاجر الشروط تسجيله ان يسلم للمأجور للمستأجر بالعقلة التي مر عليها وقت العقد ، فاذا كانت قد تغيرت بفسخ او بفعل غيره تغييراً يخل بالمنفعة المتصورة ، فالمستأجر مخيراً ان شاء قبله وان شاء سح الاجارة) ، وقد استمد المشرع العراقي حكم هذه المادة من نص المادة (١٤٢) مسن مرقه الحيران (٢) ، وظاهر ان هذا النص مطبق بالصيغة السلبية فيما يتعلق بالتزامات

(١) د. المامري - ص ٢٢٨ ، كمال قاسم ثروت - ص ١٢٠ .
(٢) التي تقضي بان (على المؤجر بعد قبضه الاجر للمسمى للشروط تسجيله ان يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالعقلة التي دلتها وقت العقد ، فان كانت قد تغيرت بفسخ او بفعل غيره تغييراً يخل بالسكنى فالمستأجر مخيراً ان شاء قبلها وان شاء سح للاجارة) .

المؤجر ، حيث يلتزم المؤجر بأجرة - الإصلاحات التي يحتاج إليها المأجور وتمت
بـ - الإسعج (١) .

غير أن المادة (٧٢٢) مدني عراقي عرفت هذه الإيجار بأنه (تسليم منفعة
معلومة لمدة معلومة . وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) -
ويبدو أن التشريع عاد في هذه المادة وجعل التزام المؤجر إيجابيا خلافا لما ورد في
المادة (٧٢٢) تنق (الذكر - (٢) .

وقد كان الاجتهاد بالتسريح العراقي بدلا من معادلته التزج بين النظرية التي
من شأنها تسليم المأجور بحالته التي كان عليها وقت العقد ، والنظرية الإيجابية
التي توجب على المؤجر أن يجعل المأجور بحالة تصلح للانتفاع به . إن يأخذ
بما أحضرت به القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري (٢) وماسون
لمرجيات والمفوض العقدي (٤) والقانون المدني الفرنسي (٥) (قوانين أخرى
تجمل التزام المؤجر إيجابيا بمره بتسليم المأجور في حالة تصلح بها أن يقضى
بأنه له من منفعة وفقا لما سم عليه الإسعج فياز وهذا تطبيقه (المأجور (١) .

(٦) وينسب هذا الوضع موقف النسخ المدني المصري القديم الذي كان المؤجر
يلتزم بموجبه تسليم المأجور (بحالته التي يكون عليها في الوقت المسمى
لا يتعد انتفاع المستأجر به) د - برهام محمد عطا الله - التوميط في قانون
إيجار الأماكن - مؤسسة المدفعية بمبانية بالاسكندرية - ١٦٨٢ - ص -
١٩٨٩ -

(١) يرى استاذنا د - كمال قاسم نورت عدم وجود تناقض بين النصين ، حيث أن
نصوص القانون المدني العراقي جاءت خفيفة مع بعضها بما في ذلك
المادتين (٧٧٢ ، ٧٩٦) - د - كمال قاسم نورت - ص ١٠٧ ، ١١٠ .
(٢) الذي نصت المادة (٩٦٤) منه (يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة
ومحتقاتها في حالة تصلح معها لأن تنفي بما أمنت له من منفعة . وفقا لما
سم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين) .

(٣) بب تعني المادة (٥٤٧) منه أن على المؤجر (تسليم المأجور بحالة ينسب
معه للمستأجر أن يستعمله للغرض المقصود منه بحسب ما هيته . أو بحسب
التخصيص الذي اتفق عليه المتعاقدان) .

(٤) نفس المادة (١٧٢) من القانون المدني الفرنسي على أن المؤجر (يلتزم
بتسليم الشيء في حالة حسنة من جميع الوجوه) .

له من حقه ومعا لما تم عليه الاتفاق أو وفقاً لطبيعته المأجور (١) .
ويبدو أن مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد ألغى في هذا الموضوع
في نص المادة (٧٢٨) التي تقول : « أولاً - يلزم المأجور بتسليم المأجور وتسليمه
أو المستأجر في حالة يصلح معها للانتفاع المقصود بملئضى الاتفاق أو بحسب ما
أحد له المأجور (٥) » .

غير أن وضع قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٩ - كما نعتقد - قد
ينسب إلى هذه النقطة النهائية في المادة الثامنة من القانون التي نصت على : « على
وعلى المأجور أن يسلم المأجور بحاله تسلم للانتفاع به وفق العقد والاصحح - أي
تقديره - وضع النص بالشكل التالي : « على المأجور أن يسلم للمأجور بحالته
تسلم للانتفاع به وفق العقد أو وفقاً لما أحد له » .

وعلى هذا الأساس ينبغي على المأجور تسليم المأجور بحاله تسلم معها للانتفاع
للفرض المقصود . ويتحدد هذا الفرض بحسب طبيعة الشيء أو بحسب
التخصص الذي اتفق عليه المتعاقدان .

لهذا ينبغي أن يكون المأجور عند التسليم صالحاً للفرض المقصود بحسب ما
حيثه ، فإذا كان هذا للسكن يجب أن يكون صالحاً لهذا الفرض بحيث يكون
الابواب والنوافذ ودورات المياه وكافة مرافقه صالحة لإداء الفرض منها على نحو
عادي . فالمأجور قبل بدء الانتفاع - بـ بكل الإصلاحات وينصرف ذلك إلى
الشيء ذاته وإلى كل ما يستلزم من الملحقات اللازمة لبعثه صالحاً لإداء - الفرض
المقصود منه . مثل أجهزة التبريد أو خزانات المياه أو المصاعد أو السلالم أو غير
ذلك مما يعد من الملحقات اللازمة للانتفاع بالمأجور . وإن تعلق الأمر بتأجير
أرض زراعية ينبغي أن يسلم المأجور في حالة يصلح معها للزراعة . وفي هذا الصدد
يعين عليه أن يزول كل اثر لما قد يكون المستأجر السابق قد أحدثه بالتميز .

(١) د. سعدون العامري - المصدر السابق - ص ٢٢٩ .

(٢) وزارة العدل العراقية - مشروع القانون المدني - ١٩٨٤ . ويبدو من نص
المادة (٧٢٨) من المشروع مدى التأثير بهذه المادة (٥٦٤) من القانون المدني
لعمري .

وإذا فُتق الامر بتأجير محل تجاري - يجب ان يسلم في حالة صلحة للفرش
المعد له . وكذلك الامر اذا تم تأجير مصنع حيث يتعين ان يكون صالحا للعمل .
وتكون الالات والادوات صلحة لاداء الفرض المقصود .

ومثلما يجب على المؤجر تسليم المأجور صالحة للانتفاع به وفق ما ائتمنه . يجب
كذلك تسليمه صالحة لاداء الاغراض المتفق عليها في العقد . فقد يشترط منسج
تنصيص المأجور لفرض آخر فتأجير مبنى كان هذا للسكن بحسب طبيعته
لاستعماله مصنعا يجب ان يجهز بصورة يمكن منها ان يؤدى الفرض المتفق عليه .
وتأجير محل كان هذا لتيقالة مثلا لكي تارس فيه تجارة الضرروات والفاكهة
يجب ان يسلم بحيث يكون صالحا لفرض المتفق عليه ، فيقوم بالذلك بعمل اخر
عمل تنظيرات واتداد كل ما يلزم للوضع الجديد . وتأجير سيارة غريبة
لاستعمالها (كأكسي) بموجب على المؤجر ان يقوم بما يلزم لجعلها سالمة
للاستعمال على النحو المتفق عليه ، فيقوم باستخراج التراخيص الادارية اللازمة
وتزويدها بعدد (١) .

المبحث الثاني

التزم المؤجر بميانة المأجور

نصت المادة الاولى من المادة (٧٥) من القانون المدني العراقي بان (على المؤجر
اصلاح ورميم ما حدث من خلل في المأجور اذى الى خلل في النفعة المقصود منه) .
ولا شك بان سبب ايراد مثل هذا النص يتجلى في ضرورة ان تحقق للمستأجر
قايمة في الانتفاع المقصود من المأجور سواء كانت هذه القايمة متفق عليها او انها
تنتج من ما ائتم له المأجور وفقا لطبيعته .

ان مؤلف القانون المدني العراقي يأتي متفقا مع اتجاه القوانين المعاصرة التي
سارت بنفس هذا الاتجاه وتأثر القانون المدني العراقي بها (١) .

(١) للمزيد راجع : د. توفيق حسن فرج - المصدر السابق - ص ٥٥٨ وما
يحصا .

(٢) انظر المادة ٥٦٦ مني مصري .
موجبات وطول لبتاني .

والجسود بالإصلاحات والترميمات التي يلتزم المؤجر بها (الترميمات الضرورية) للانتفاع بالمأجور سواء كانت لأدلة لحفظه من الهلاك أم لا - ومثال الإصلاحات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك - تغطية أساسات منزله مهدد بالانهيار لضعف أسسائه - أو ترميم تصدع حدث في جدران المنزل أو سقفه - وهكذا الترميمات تميز بطابع الاستعمال لضرورتها لحفظ العين من الهلاك - ولهذا السبب فإن القيام بها ليس التزاما على المؤجر حسب - بل حق له أيضا - يجوز للمستأجر أن يمنعه من جبرته (١) - والنوع الثاني من الإصلاحات الضرورية هو ما يكون لازما لحفظ العين من الهلاك - ولكن الانتفاع بها على الوجه المألوف من العقد - مثال ذلك القيام بالأعمال اللازمة لتجديد الأسطح أو القيام بإصلاح المصعد أو السلم - (٢)

أما الترميمات الطفيفة (التأجيرية) فإنها تقع على عاتق المستأجر مسببا لهم العرق يقتضي بذلك - وعنه الترميمات ذاتي عادة أصا جبرا - أمثال المستأجر أو بسبب الاستعمال المألوف للمأجور - مثال ذلك إصلاح زجاج النوافذ وحمليات المياه والإفخار التي أصابها الطين - وللتقادم دور واسع في تقرير طبيعة هذه الترميمات وحملاتها ضرورية أم أنها تأجيرية وعلى القاضي أن يراعي في كل ذلك عرف الجهة التي يختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر - ولا يعتبر حكم المادة (٧٥٠) مدني عراقي من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على خلافها - حيث يجوز للمتعاقدين الخروج على العرف فيما يقتضي بمسببه فينتفا على أن تكون بعض هذه الترميمات أو كلها على المستأجر لا على المؤجر أو على أن يعفى المؤجر منها -

وإذا أمتنع المؤجر عن القيام بالإصلاحات والترميمات الضرورية - فإن المستأجر المطالبة بفسخ العقد أو القيام بالترميم بنفسه وعلى حساب المؤجر - بعد إخطار المحكمة بذلك (٣)

(١) د. تاجو - ص ١٢٧ -

(٢) نفس المصدر - ص ١٢٢ - ١٣٨ -

(٣) المادة (٧٥٠)، فـ ٢ مدني عراقي -

وقد نصت المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري على انه (يجوز للمستأجر في حالة الترميمات المستعجلة والبسيطة ان يقوم بنفسه باجرائها دون حاجة الى اذن القاضي). وهذا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة الواردة بشأن التنفيذ المبني. ويمكن اخذ بحكمه عدنا مع عدم وجود نص صريح خاص بهذه الحالة اكتفاء بنص الفقرة (٢) من المادة (٢٤٠) من القانون المدني العراقي (١).

اما بالنسبة لهلاك العين المؤجرة فقد عالجه المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي. والهلاك قد يكون كلياً، وبحسب الفقرة الاولى من المادة (٧٥٦) اذا ملكت العين المؤجرة هلاكاً كلياً، فان تنفيذ التزامات المؤجر، وكلها تتعلق بالعين المؤجرة وتهدف الى تمكين المستأجر من الانتفاع بها يصبح مستحيلًا، فتنتفيش هذه الالتزامات وتنتفيش الالتزامات المقابلة. وينسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا محض تطبيق للقواعد العامة (٢).

اما الهلاك الجزئي فقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٥٦) مدني عراقي بقولها: (اما اصبح (أي المأجور) في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي أوجبر من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر به في شيء من ذلك جاز له اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها. ان يطلب اما انقاص الاجرة او نسخ الاجارة) (٣).

ويبدو من هذا النص ان الشرع العراقي لا يجيز في حالة الهلاك الجزئي اجبار المؤجر على اجراء التجديد بل يترك له الخيار في ذلك، لان التجديد غالباً مما تكون نتائجه باهضة، بخلاف الترميم فان نتائجه تكون معتدلة ولذلك يلتزم به المؤجر. والامثلة على الهلاك الجزئي واختلال الانتفاع كثيرة، من ذلك انهدام حائط او سقف في المنزل المؤجر، او جفاف تربة كانت تروى منها الارض المؤجرة ولكن ينبغي الا يكون الهلاك الجزئي جسيماً حتى باخذ شكل الهلاك الكلي، ومن ذلك ما قضيت به محكمة النقض الفرنسية، من ان المباني وان كانت لم تنهدم

(١) التي تقول (٢) - ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة - د. الحامري - ص ٢٤٣ - ا. الصراف ص ٣٦٥.

(٢) د. تناغو - ص ١٤٦.

لكنها ، فانها بحسب قهمنها أصبحت في حالة خطر لها ، ولم تعد تسمح بالاستقلال
فانها بسبب قهمنها أصبحت في تنظيم منساذ متحدة ففقط على لحظ فذير لمرور
الأرض ، ولا يمكن الصال ، فان الهلاك يعتبر كليا وينسخ الفقد (١) .

ولي جميع الأحوال يجوز للمستأجر ان يطالب المؤجر بالتعويض ما أصابه
من ضرر الا اذا كان الهلاك راجعا الى سبب لا يه للمؤجر فيه . أما اذا كان
الهلاك بسبب فعل المستأجر أو لعل احد من يسال عنهم ، فان للمؤجر الحق
في ان يطالبه بالتعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية (٢) .

لاحظنا بان الترميمات او الإصلاحات الضرورية قد تكون الناية منها اكسال
الارتفاع بالمأجور بعد ان ادى التلف الذي أصابه في أحداث خلل أو نقص قسمي
هذه المنفعة . وقد تكون الناية منها حفظ المأجور من الهلاك . وقد عالجت المادة
(٧٥٢) مدني عراقية حق المؤجر في إجراء الترميمات الضرورية لحفظ المأجور
بالقول :- ((١ - اذا استاج للمأجور لعمارة ضرورية لصيانتها فليس للمستأجر
ان يمنع المؤجر عن اجرائها فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكن أو يخل بالمتعة .
ان يمنع المؤجر عن اجرائها فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكن أو يحصل
بالمنفعة جاز للمستأجر ان يطلب لسخ الإيجار أو انقاص الاجرة .

٢ - ومع ذلك اذا بقي الممتأجر في المأجور الى ان تمت الترميمات سقط حقه
في طلب النسخ)) .

ويبدو من النص بان هذا النوع من الترميمات او الإصلاحات يجب حث
اجرائها للمؤجر ولو لم يطلب منه المستأجر ذلك ، بل ولو عارض الممتأجر
في القيام بها ، لان هذه الترميمات كما استلقتنا لازمة لحفظ العين المؤجرة مثال ذلك
تسقي البستان في المنزل المؤجر مما يهدده بالسقوط .

وتنوع المحاكم في تفسير اصطلاح الترميمات ، فهي لا تسمح للمؤجر بإجراء
الترميمات بالمضي الدقيق . وهي التي تنصن القيام بعمل ايجاري في العين

(١) د - تلخو ص ١٤١ ، ١٤٢ .

(٢) قانون الفقرة الثالثة من المادة (٧٥٦) مدني عراقي د - العامري
ص ٢٥٤ .

فحسب^١، بل أنها تسمح له كذلك بأن يمنع من العين الأشياء التي تهدد سلامتها.
كان يطلب من دائرة أسئلة الماء وقف سيره في الإنابيب الموجودة في المنزل المحترق
إذا كان هذا ضروريا لحفظ العين .

غير أن القانون، وإن كان قد أعطى المؤجر حق إجراء الترميمات اللازمة لصيانة
العين وحفظها من الهلاك^٢، فهو أعطى المستأجر الحق في أنه إذا ترتب على
إقيام بالمردديات ما أضر بانتفاعه بالمأجور جاز له أن يطلب إما تسخير الإيجار
أو انتقاص الاجرة بمقدار ما ينقص من الانتفاع . ولكن حق المستأجر في التسخير
يستتف ببغائه في المأجور إلى وقت انقضاء الترميمات التي أجراها المؤجر ، ويستطيع
أن يطالب بانتقاص الاجرة بما يوازي نقص المنفعة (١) .

المبحث الثالث

التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق

يضمن المؤجر للمستأجر التعرض له في الانتفاع بالعين المؤجرة ويأبى هذا
الضمان منسجما مع التزام المؤجر بضرورة تسيير المسأجر في الانتفاع بالعين
المؤجرة في مقابل الاجرة التي يدفعها المسأجر .

ويضمن المؤجر التعرض الصادر منه شخصيا أو من أحد أتباعه ، سواء كان
تعرضا ماديا أو تعرضا ماليا على سبب قانوني . كذلك يضمن التعرض الصادر
عن الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني . ولا يضمن التعرض للمدعي إلا إذا اتفق
على خلاف ذلك .

وقد تناول المشرع العراقي ضمان التعرض والاستحقاق في المواد ٢٥٤، ٢٥٣
٢٥٥ . وجبنا لانجد نصا قانونيا بشأن امر معين في هذا المجال يمكن الرجوع
إلى الأحكام الخاصة بمقتضى البيع بشرط أن يكون ذلك متفقا مع طبيعة عقد الإيجار
المعروفة لدينا .

في ضوء ما تقدم «نعرض في حقلين متعاقبين لدراسة ضمان التعرض الصادر
عن الغير» .

(١) د. الصراف - ص ٢٧٠ .

٢ - المطلب الأول

ضمان التعرض للمستأجر عن المؤجر

نصت المادة (٧٥٢) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر في استيفائه للمنفعة مدة الاجارة ولا ان يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به او يخل بالمنفعة المعلوم عليها) .

٣ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه او من اتباعه بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبنى على سبب قانوني يصدر من اي مستأجر اشهر او اى شخص تلقى الحق من المؤجر) .

كما نصت المادة ٣٣ / الفقرة (٧) من قانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ على ما يلي :-

عن خسارة دينار ولا تزيد عن الف دينار او باحدى حائلي العقوبتين كل
■ بدافيه بالعيب مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد عن سنتين وبضمانة لا تقل
مؤجر تعرض للمستأجر في الانتفاع بالمأجور دون وجه حق (٢) .

يتضح من هذه النصوص ان المؤجر ممنوع عليه التعرض الشخصي للمستأجر سواء كان تعرضاً مادياً ام قانونياً ويعتبر من صور التعرض القانوني ان يدعي المؤجر بحق على العين بحيث يمنع المستأجر من الانتفاع بها - فإذا لم يكن المؤجر مالكاً للمأجور وتملكه بعد الاجارة فلا يستطيع ان يستنه الى حق الملكية الذي اى اليه لينزع المأجور من تحت يد المستأجر (١) . ومن ذلك ايضاً ان يظهر حق ارتفاق على الارض المؤجرة لارض اخرى مجاورة لها . ثم تزول هذه الارض بالميراث الى المؤجر فيحاول استناداً الى ملكية الارض المجاورة ان يفسر حق الارتفاق على العين المؤجرة ولا يحق للمؤجر في الامثلة السابقة ان يفسر المستأجر من العين او يخل بانتفاعه بها . لأنه ضامن لحق المستأجر في الانتفاع .

(١) د. الصراف - المصنف السابق - ص ٣٧٢ د. الحامري - نفس المصدر - ص ٢٤٧ .

٢٠ يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضيق ، إذ إن الضيق والاسترداد لا يستعملان . (١٠)

أما التمرش المادي فهو أي فعل يعطل به المؤجر استعمال المستأجر للمأجور دون أنه يستحق في حله إلى حق قانوني يبيح له ذلك . فإذا أراد أن يحدث شيء بالمأجور فتبيرا ماليا يخل بالانتفاع من دون ضرورة فإن حله يعتبر تعريضا ماديا يمنع المؤجر من إضراره . ومن صور التمرش المادي كذلك أن يطلق المؤجر مؤتمنيه للرعى في الأرض المؤجرة واقتارعه الأوساخ من الطابق الأعلى الذي يستعمله شخصيا على الطابق الأسفل للمؤجر . وكذلك تأجير المين للمستأجر لتخزين البضائع من حق الانتفاع فيها .

وقد ناز الخلفاء الفقهاء بالنسبة لخافضة المؤجر للمستأجر في مزاولة حرفة أو مهنة معينة . وحل يعتبر هذا صورة من صور التمرش المادي (١١) لا ٢

يرتفع البعض أن الأصل في ذلك حرية المالك في استعمال ملكه كيف يشاء . فإذا أجرة لشخص شيئا لينتفع به الفاعل سينا فإن هذا لا يمنع أن ينتفع هو الآخر بملكه كاستئجار المستأجر بالمأجور ، فالذي يؤجره كانا لآخر لا يستحق عليه أن يزاول نفس المهنة التي يزاولها المستأجر في مكان ملائم للدكان المستأجر . ولكن بعض الشراح ذهب إلى أن المؤجر لا يستطيع مغالبة انتفاع ضايفه بالانتفاع المستأجر بالمأجور في نفس الجهة والا اعتبر متعريضا له . ولكن الرأى هنا أن المؤجر ضمن عدم منافسة للمستأجر إذا تعهد له بذلك صراحة أو ضمنا . وهو أي (المؤجر) ضمن عدم المنافسة التي لا يقصد بها سوى الإضرار بالمستأجر لأن في ذلك إساءة لاستعمال الحق وهو ما نرى كذلك (١٢) .

وإذا كان المؤجر لشرائه الشخصي لا يقتصر على فعله هو بل يشمل جميع الأعمال التي قد تصدر من التباعة وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (٢٥٢) مدني عراقي . والقانون وإن لم يحدد معنى التابع . إلا أن المشتق عليه هو أن معنى التابع هذا أو سم من معنى التابع في المسؤولية التعديرية ، فالاتباع اللذين يسأل عنهم المؤجر أكثر من الاتباع الذين يسأل عنهم في المسؤولية

(١٠) اليهودي - ص ٣٠٣ ، تناغر - ص ١٥٩ .

(١١) د. الصراف - ص ٣٧٢ .

التفسيرية (١٦) ويعتبر من اتباع المؤجر الوكيل والولي والوصي والقيم أي كل من ينوب عن المؤجر نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية - ويعتبر من اتباع كذلك الخلف الخاص للمؤجر وخلفه العام كما ويعتبر من اتباع مستخدموا المؤجر وعمله والإصدقاء والضيوف والخدم والفراد العاقلة (١٧)

ويشترط قيام ضمان المؤجر من قبل من يمسك عنهم أن يقع الفعل من أحدهم بحكم حاله من صلة بالمؤجر والا فإنه لا يضمنه فإذا منع وكيل المؤجر أو عامله أو البواب الممن من قبله المستأجر من دخول العين المؤجرة أو حال دون استقبال زائريه أو دون وصول خطابه ورسائله أو لو سرق البواب امتعة للمستأجر أو أفسد في سرقتهما ، اعتبرت هذه الأعمال تصرفاً صادراً من المؤجر شخصياً وتوجب ضمانة - أما إذا عهد المستأجر إلى بواب المنزل أدولة أمراله في أثناء قيادته فبئس البواب هذه الأمور أو أتلها لم يضمن المؤجر ذلك ، لأن هذا العمل قد جرى بالنظر إلى صفة البواب الشخصية ، وليس بصلته من أعوان المؤجر في تنفيذ التزامه -

المطلب الثاني

ضمان التعرض الصادر من الغير

لا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال الصادرة منه أو من أحد اتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى الأعمال الصادرة من الغير بشرط أن تكون سببية على سبب قانوني ، فهو لا يضمن التعرض المأدى من الغير بخلاف التعرض الشخصي الصادر منه - فهو ضامن له سواء كان قانونياً أو عادياً -

ويستوى لقيام التعرض القانوني أن يحصل من طريق فعل مأدى يستند فيه المدعي إلى حق يدهي وجوده على المأجور كأن يبنى في الأرض المؤجرة أو يزرعها مدعياً ملكيتها ، أو أن له حق انتفاع أو حق إيجار ، أو أن يصبغ التعرض فسي شكل دعوى يرغبها المدعي طالباً لثبوت حق له مما يخل بانتفاع المستأجر - ولا

(١٦) لاحظ المواد ٢٦٦، ٢٦٨ مدني عراقي

(١٧) د - لروت - المصدر السابق ص ١٩٤ -

يتم كون الحق غير قائم على أساس قري فيستوى لقيام التعرض ان يكون دائما على أساس ما او لا أساس له على الإطلاق ، ويسمى كذلك ان يكون الحق المدعى به حقا هيئيا او شخصيا . فلي كل هذه الاحوال تقوم مسؤولية المؤجر عن التعرض الصادر من الغير ، والى ذلك تنص المادة (٧٥٤) مدني عراقي
يقولها :-

« ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر عنه او من اتجاهه بل يمتد - هذا الضمان الى كل تعرض يمتد على سبب قانوني من استئجار آخر او من اكد شخص تلقى الحق من المؤجر » (١) .

واذا حصل تعرض للمستأجر من الغير وجب عليه ان يبادر الى اخطار المؤجر بذلك لكي يقوم بواجبه في دفعه ، ولم يستلزم القانون شكلا خاصا لهذا الاخطار كذلك لم يحدد القانون موعدا يجب ان يتم الاخطار خلاله ، ولكنه وجب ان يقوم للمستأجر بالاخطار في وقت ملائم يسمح للمؤجر بان يدافع عن حقوقه وان ياتر واجبه في دفع التعرض .

فإذا لم يتم للمستأجر باخطار المؤجر بحصول التعرض ، او تأخر في هذا الاخطار فإنه يتحمل نتائج قصيره وعلى ذلك فإذا ثبت المؤجر انه كان في مكانه ان يقع التعرض لو اخطر به في الوقت الملائم ، فلا يكون للمستأجر ان يبرر عليه بالضمان اذا فقد حقا من الحقوق التي له على العين المؤجرة ، بل ان للمؤجر في هذه الحالة ان يطالب المستأجر بتعويض ما لحقه من ضرر نتيجة لتجاسر التعرض في تعرضه ، كما لو وضع شخص يده على العين المؤجرة مدعيا انسه مالكها ، ولم يخطر المستأجر المؤجر بذلك الى اكتفى بترك المبدل للمتعرض ، فقد للمؤجر بذلك حيازتها الشر . لم تكن له سواها سندا لمالكه او تملكها المتعرض بالتقادم للكسب ، أما لو ثبت ان المتعرض كان لابد ان يلجج في دعواه ولو قام المستأجر باخطار المؤجر في الوقت المناسب ، او كان المؤجر يعلم بالتعرض

(١) د. الصراف - ٢٧٥ -

رغما عن عدم إخطاره به ، فإن عدم قيام المستأجر بالإخطار أصلا ، أو تأخيرها
فيه لا يؤثر على حقه في الرجوع على المؤجر بالفلسان . (١)

وعلى كل حال فإن نتيجة الدعوى إما أن تكون في صالح المؤجر وفي هذه
الحالة يثبت الحق للمستأجر في التأجير كما هو ، وإما أن يتسبب المدعي بعدم
النتيجة ليعتبر لذلك ضمان الاستحقاق على المؤجر فيستطيع المستأجر أن
يطلبه بالنسخ أو بأنقاص الأجرة على حسب ظروف الدعوى التي أقامها مدعيه
الاستحقاق ويحسب نتيجة هذه الدعوى ، فإذا زال الانتفاع تماما أمكن النسخ ،
وكذلك إذا نقص صفا الانتفاع بشكل كبير . أما إذا كان مقدار ما أصاب
المأجور من الاستحقاق مما يقلل من الانتفاع بحيث لا يعيق المستأجر عن ممارسة
الانتفاع بصورة جدية ، فإنه (أي المستأجر) يستطيع أن يطلب بأنقاص الأجرة
بصفة ما نقص من انتفاعه . ويثبت له في كل الأحوال مطالبة المؤجر بالتعويض
عن الأضرار التي أصابته نتيجة للنسخ ونتيجة للتعرض الحاصل من مدعيه
الاستحقاق وذلك إذا أثبت على المؤجر أي خطأ أو إهمال يتسبب مسؤوليته عن

التعرض والاستحقاق (٢)

أما بالنسبة للتعرض المادي فلا يفسفه المؤجر حيث لا علاقة له به . ويشترط
لفعل أن يكون التعرض من الغير ، وأن يقع هذا التعرض بعد تسليم العين
المؤجرة إلى المستأجر ، لأن المؤجر طبقا لالتزامه بالتسليم ، عليه أن يدفع التعرض
الواقع قبل التسليم ولو كان تمزنا ماديا . ويشترط أن يكون التعرض ماديا
لا يقوم على أي سبب قانوني يدعيه الغير ، كأن يرسل الغير ماشيته ترمي في
الأرض المؤجرة دون أن يدعي حقا في ذلك ، أو يحرق زراعة المستأجر ، أو يسرق
مقتولات المستأجر دون أن ينسب أعمال إلى المؤجر أو تاجمه في ذلك ، أو يحدث
احتذاء على العين المؤجرة . والحكمة من عدم ضمان المؤجر لهذا التعرض أنه
لا يمكن أن يتسبب إليه بأي شكل ، وقد يكون هو ضحيته إذا حدثت أضرار
العين المؤجرة بسبب التعرض ، بل قد يكون هو ضحية المستأجر ، إذا كسبان

(١) د - شنيب - ص ١٥٧ .

(٢) انظر المادة (٧٥١) مدني عمالي د - الصراف - ص ٣٧٥ - ٣٧٦ .

والتعرض بسبب خلافات بين المستأجر والمعرض (١) .

وقد اشارت المادة (٧٥٥) مدني عراقي الى حالة من حالات التعرض المسماة الصادر من الغير بالقول :-

١ - اذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يده الغاصب . جواز ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة .

٢ - فاذا قصر في رفع يده الغاصب ، وكان ذلك ممكنا ولم ينفر المأجور يوفوع الغصب فلا تسقط عنه الاجرة . ولله ان يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض .

ان الحق الذي يعطيه هذا النص للمستأجر في طلب الفسخ او انقاص - الاجرة ليس اساسه مسئولية المأجور عن ضمان التعرض ، فالمأجور غير مسؤول عن ضمان التعرض المادي الصادر من الغير ، وانما اساسه تحمل المأجور لثبته بوجوب المستأجر من الانتفاع بالمأجور . فحيث يحرم المستأجر بسبب لا يده له فيه من الانتفاع بالمأجور كالقسط الذي لا يمكن المستأجر من دفعه او هلاك المأجور او كغير ذلك من الاسباب ، فان الذي يتحمل ثبته ذلك هو المأجور لا المستأجر ويستل تحمله لهذه النتيجة في حق المستأجر في طلب فسخ الايجار او انقاص الاجرة دون ان يكون له حق في التعويض لان التعويض جزء للمسؤولية عن ضمان ولا مدل لهذا الجزء في تحمل ثبته الحرمان من الانتفاع بالمأجور وهذه القاعدة اساسها ان الاجرة تقابل الانتفاع فاذا زال هذا الانتفاع او نقص وجب الفسخ او انقاص الاجرة .

غير انه يجب على المستأجر ان يبادر الى انقطاع المأجور بكل امر يستوجب تدخله كاختصاص المأجور مثلا او احدث ضرر فيه حتى يتمكن حقا من دفع الضرر الحسب عن هذا التعرض للمأجور والا كان المستأجر مسؤولا من تعرض المأجور عن الضرر الذي تسبب عن هذا التصير وفقا للقواعد العامة ، ولا يستطيع

(١) انظر في ذلك :- د. تناغر - ص ١٧٨ - د. السنهوري - الوسيط - ج ٢ - ص ٢٨٢ - ص ٢٧٢ .

المستأجر في هذه الحالة من واجب أولى ان يطالب بفسخ الإيجار أو انقاص الإيجرة إذا كان قد قصر في دفع الترخيص بالرغم من تمكنه من ذلك . ولكن يبقى حسمق المستأجر بالرجوع على المتعرض بالتعويض تأييدا بصراحة نص الفقرة الثانية من المادة (٧٥٥) - وأساس المطالبة بالتعويض هنا هو قواعد المسؤولية التفصيلية كما يجوز للمؤجر أيضا بموجب هذه القواعد الرجوع على المتعويض عما أصابه من ضرر بسبب تعرضه (١) .

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

ان جميع القواعد المتعلقة بضمان التعرض لاتعتبر من النظام العام بل تعتبر مفسدة لارادة المتعدين ، حيث يجوز الاتفاق على خلافها لشديدا أو تخفيفا أو إعفاء - ويجوز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على ألا يضمن إلا نوعا مبينا من التعرض أو أن لا يضمن إلا التعرض المبني على سبب قانوني الصادر من أجنبي عنه كما أنه يصبح ان يشترط عدم ضمانه لتعرضه الشخصي متعلما يصبح ان يشترط المستأجر على المؤجر ضمان الأخير لكافة أنواع التعرض بما في ذلك التعرض المادي الصادر من الغير . ولكن المادة (٧٥٩) من القانون المذكور المدني المراسي تبين ذلك بالقول :-

((يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض ... إذا كان للمؤجر قد انقضى عن غش سبب هذا الضمان)) (٢) ويأتي هذا النص تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء والاتفاق على الإعفاء من الغش غير جائز لانه مخالف للنظام العام .

(١) د. العامري - ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .

(٢) مطابق هذا الحكم نص المادة ٥٧٨ من القانون المدني المصري .

المبحث الرابع

ضمن المؤجر لميوب للتأجير وتكلف الوصف فيه

يرتب القانون المدني في ذمة المؤجر التزاما آخر يتجلى في ضمانه للميوب أو تكلف الوصف في التأجير مما يؤدي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع به أو نقصان هذا الانتفاع إلى حد كبير وقد تناولت المادة (٧٥٦) مدني عراقي ذلك بالقول :
١ - ضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في التأجير من عيوب تحول دون الانتفاع به ، أو تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا . ولكنه لا يضمن الميوب التي جرى العرف بالتصامح فيها .

٢ - وهو مسؤول أيضا عن خلو التأجير من صفات تعهد صراحة بتوافرها أو خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع به . كل هذا ما لم يقتض الاتفاق بشيء .
ثم أضافت م (٧٥٥) مدني عراقي أن ذلك ما يلي :-

((لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد اخطر به أو كان يعلم به وقت التعاقد . وكذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان يسهل على المستأجر أن يتحقق وجوده . إلا إذا أعلن المؤجر خلو التأجير من العيب))

وبما يلاحظ على نص الفقرة الثانية من مادة (٧٥٦) من القانون - فأنه في المراقي أشارتها إلى تكلف الوصف المرفوع فيه الذي لم تنس إليه أحكام عقد البيع خلافا لفتنة الاسلامي الذي تناول هذا الموضوع بمزيد من الاهتمام .

به المستأجر . ولا يستلزم في العيب أن يكون قديما أي راجعا إلى ما قبل وشروط العيب الموجب للضمان تتجلى في أن يكون العيب مؤثرا وخطيرا ولا يعلم التسليم . كما هو الحال بالنسبة لمتد البيع لأن طبيعة عقد الإيجار في ضرورة أدامة انتفاع المستأجر بالتأجير تقضي أن يضمن المؤجر العيب الطارئ بسبب الإيجار أيضا .

وعلى هذا الأساس فإن شروط هذا الضمان يمكن تلخيصها كما يلي :-

٣- يجب ان يكون العيب مؤلماً

ويقصد بذلك ان يكون من شأنه ان يحول دون الانتفاع بالموجود على النحو المقصود من الايجار او نقصان هذا الانتفاع بشكل كبير بحيث ان المستأجر كان يمنع عن الاستئجار او كان يدفع اجرة اقل لو علم بالعيب ، كخطوبة المنزل المؤجر او شدة الحرارة فيه مما يضر بصحة المستأجر وعائلته ، ومن هنا القيل ايضاً ذكر المستأجر في العقد ما يقتضيه من الانتفاع بالموجود مما يجعله صالحاً لإدلاء هذا الغرض ، والا اعتبر ذلك عيباً فيه - فإذا اشترط المستأجر في العقد انه استأجر أرضاً لزراعتها فأكفاه من نوع معين او لى زراعة أخرى ، ولم تكن الأرض صالحة لهذا النوع من الزراعة ، فإن العيب يكون مؤثراً لأنه يخل بالانتفاع المقصود من الايجار - وقد يتعمد المؤجر بوجود صفة معينة في الموجود كصلاحية لزراعة نوع معين من المحاصيل الزراعية ، دون ان تكون كذلك فعلاً ، فإن ذلك يعني قوات صفة تعهد المؤجر بوجودها ، وهو ما يأخذ حكم العيب - وإذا لم يذكر المتعاقدان شيئاً عن المنافع المقصودة من العين للأجرة ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع الى طبيعة العين - فإذا كان بالعين عيب يخل بهذه المنافع وجب على المؤجر النقصان - والعيب الذي يرجع الى طبيعة العين كما نذهب الى ذلك ممكنة النقصان الضرر او الافة الطارئة التي تظنر منها القسرة السليمة للمشيء (١) .

ونقرو الفترة الأولى من المادة (٢٥٦) مدني عراقي عدم ضمان المؤجر للمعيوب التي جرى العرف بالتصامع فيها - فقد يكون العيب مؤثراً ولكن العرف لم يمتثل لجرى على عدم اعتباره عيباً ، مثال ذلك جريان العرف على التصامع في خطوبة المنزل اذا لم تكن غير هالوفة وكذلك التصامع بوجود الحشائش في الأرض الزراعية اذا لم يكن من العسير ازالتها (٢) .

(١) شعب - ص ١٧٣ ، تناحر - ص ٢٠٦ ، السنهوري الوسيط - ج٢ - ص ٤٣٧

٢٢٧ - ص ٤٣٧

(٢) السنهوري الوسيط - ج٢ - ص ٤٣٩ -

يجب ان يكون العيب خفيا .

يكون العيب خفيا اذا كان المستأجر لا يعلم به عند إبرام الايجار ولم يستطع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص الشيء المؤجر بعناية الشخص المعتاد . قلنا كذا للمستأجر يعلم بالعيب عند التعاقد . اما لان المؤجر اضطر به او من أي طريق آخر . وبالتالي فإن المؤجر لا يضمنه . وذلك لان علم بهذا العيب بعد ظاهرا لا خفيا . المستأجر به يفيد بما انه راعى وجوده عند تكميده فلاجرة . او انه قبل التسوّل من حقه في الضمان ما دام لم يشترط على المؤجر ان يقوم بإزالته قبل بدء الانتفاع .

كذلك اذا كان العيب مما يستطيع النا اكتشافه لو انه بذل في فحصه . لماجور عناية الشخص المعتاد فإن هذا العيب يعتبر ظاهرا . فلا يضمنه المؤجر . وعلى ذلك لا تعتبر رطوبة المقادير التي تقع على شواطئ . الانهار او وبمسوح المياه الجوفية فيها عيبا خفيا (١) .

ولكن من ناحية أخرى فإن المؤجر يضمن العيب ولو لم يكن خفيا اذا كان قد أكد للمستأجر خلو العين من العيب اذا كان قد تعمد إخفاء العيب غشا . (٢) .

(١) شنب - ص ١٧٤ . العامري - ص ٢٦٢ . السنهوري - الوسيط - ج٦ - ص ٤٤٠ .
(٢) تهاجر - ص ٢٠٢ . العامري - ص ٢٦٢ . السنهوري - الوسيط - ج٦ - ص ٤٤١ .

المسئولية الضمان العيب وتختلف الوصف في عقد الإيجار

■ توافرن شروط الفساح الضمان إليها يحق للمستأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار أو أنقاص الأجرة^(١) ويحق بذلك للمستأجر المطالبة بالتعويض إذا حصل له حق به ضرر ، إلا أن المطالبة بالتعويض تتوقف على علم المؤجر أو عدم علمه بوجود العيب في المأجور ، وبعبارة أخرى فإن المشرع العراقي أخذ مبدأ حسن النية في هذا المجال (٢) ، حيث لا يحكم بالمعريض إلا إذا كان المؤجر من النية يعلم بوجود العيب ، ويفترض القانون أن المؤجر يعلم بوجود العيب ، وعليه فهو إذا ما ولد في مسؤوليته أن يثبت ، أنه كان لا يعلم ذلك ، بأن يكون العيب قد طرأ بعد التسليم ولم يخطر به المستأجر ، أو أن يكون العيب موجوداً قبل التسليم ولكنه لا يعلم به وما كان يستطيع العلم به لو أنه فحص المأجور بعناية فوجد العيب ، ويذهب جانب من الفقه إلى التزام المؤجر بضمان العيب وهو الالتزام بنتيجة ، وكان ينبغي أن يكون المؤجر مسؤولاً عن التعويض سواء كان يعلم بوجود العيب أو لم يعلم به (٣) .

ولا شك بأن حق المستأجر في المطالبة بالنسخ يخضع لسلطة القاضي التقديرية الواسعة ، فله أن يعيبه أو يرفضه فيما لجسماته النقص في اللقمة للترتب على وجود العيب ، أو نخلت الوصف المقصود .

وبسبب نص المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي الذي يختلف عن نص المادة (٥٧٧) مدني مصري فيما يتعلق بالإشارة الأخير إلى جواز مطالبة المستأجر بالتنفيذ العيني ، نأثر المسأؤل حول إمكانية مطالبة المستأجر في ظل القانون العراقي بالتنفيذ العيني أيضاً .

(١) وقد نصت على ذلك المادة (٧٥٨) مدني عراقي : (١) - إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو أنقاص الأجرة .
٢ - فإذا لمحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجمل وجرى العيب . ٢

(٢) د - السنيهوري - الوسيط - ج٢ - فق ٢٢٢ - ص ٤٢٩ ، د - تناظر بعض ٢٠٧ .

ويكاد الفقه يتفق (١) على جواز مطالبة المستأجر بالتنفيذ العيني الذي يمثل بقيام المؤجر بإصلاح العيب بشرط أن لا يكلفه هذا الإصلاح نفقات باهظة وشرط أن يتم له مدة مفقولة حتى لا يعدم المستأجر من الانتفاع مدطويلة - ويترك تحديد مدة المفقولة التي يتم فيها إصلاح العيب لتقدير القضاء - ويتفق الاثنان على طلب التنفيذ العيني مع ما تقتضيه القواعد العامة في تنفيذ الالتزام (٢) .

ولكننا نفضل لو أن المشرع العراقي هذا حذو المشرع المصري في الإشارة إلى إمكانية التنفيذ العيني بشكل صريح لكي يعتمد عن الاجتهادات الفقهية في الاختصاص أو عدم الأخذ به (٣) .

على أن أحكام الضمان لتتخذها ليست من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على تغييرها تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً - وقد أجازت ذلك فعلا المادة (٧٥٦) مدني عراقي بقولها :-

(١٠٠) كل منة ما لم ينص الاتفاق بغيره - وكذلك فإن المادة (٧٥٩) مدني عراقي تجيز الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه طالما أن المؤجر لم يتخف غشياً سبب هذا الضمان .

(١) بالنسبة للفوانين التي لم تشر إلى التنفيذ العيني كالقانون العراقي وقانون الأرجنتين والقوق اللبناني .

(٢) حيث تنص المادة (٢٤٦) مدني عراقي على ما يلي (١) - يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذه عينيها متى كان ذلك ممكناً .

٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني أضرار للمدين بآثاره أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدين ضرراً جسيماً - (٢) .

(٣) وهو ما عالجته مشروع القانون المدني العراقي الجديد الصادر عن وزارة العدل العراقية عام ١٩٨٤ في المادة (٧٥٦) التي تنول (١) لا وجد بالخارج عيب يتحقق منه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يرهق المؤجر ، وذلك دون تدخل بحق المستأجر في طلب إنهاء العقد أو انقاص الاجرة ، وأنه فضلاً على ذلك أن يطالب بالتعويض ما لم يثبت المؤجر أنه كان يجهل بوجود العيب . (٢) .

ومن أجله الاتفاق على التخفيف ، ان يشترط المأجر عدم التزامه بالتعويض ،
او عدم مسؤوليته عن العيوب التي توجد في ملحقات العين او عدم ضمانه للمعيب
التي تطرا على العين بالزجره التاديهه (الايجار (١) .

ومن أجله الاتفاق على التشديد ان ينص المالك على مسؤولية المأجر عن
العيوب ولو لم يكن مؤثرا او خليا او مع علم المأجر به .

لما فيما يتعلق بالاعفاء من الضمان مطلقا فنناله عدم التزام المأجر بالتأمين
العيبي او انقاص الاجرة ، او الفسخ او التحريض (٢) .

ان دعوى رجوع المستأجر على المأجر بمسئله العيوب وتختلف الوصف لا تسقط
بعض سنة أشكر من وقت التسليم كما هو الحال في دعوى رجوع المستأجر على
البائع ، لان المشرع المرابي لم يورد في باب الايجار نصا مماثلا للمسئله
(٥٧٠) الواردة في باب البيع ، مما يصح القياس على هذه المسأله هو التوضيح
في تفسيرها لان حكمها استثنائي ولا يتفق مع طبيعه الايجار التي يفرض على
المأجر التزاما مستمرا بتأمين المستأجر من الانتفاع بالمأجر وبصيائه . ولهذا
فان دعوى ضمان العيوب وتختلف الوصف لا تسقط الا بعضي بعضا مشروطة
تطبيقا للقواعد العامة (٣) .

(١) المستهوي - نفس المصدر - لق ٣٢٤ - ص ٤٥٢ .

(٢) تنالو - ص ٢٠٨ .

(٣) د. العامري - ص ٢٦٦ - ٢٦٧ .

المبحث الخامس

إيجار دائرة ضريبة العقار وأيداع تسطة من هذه الإيجار لديها

ينجر أخبار 2، فترة ضريبة العقار بخطو العقار وإيداع نسخة من هذه الإيجار لدى هذه الدائرة من التزامات المؤجر الهامة التي نص عليها قانون إيجار العقار وهو ما سندرسه في المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

أخبار دائرة ضريبة العقار

تنفيذا لسياسة الم شروع في الاعتماد بالوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للسكنية وضع قانون إيجار العقار نص المادة (٢٠) التي تقول :- ((يلتزم مالك العقار المد للإيجار لفرض السكنى بأخبار دائرة ضريبة العقار بخطو خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الخلو ولا يجوز أن يبقى خاليا بدون عذر مشروع مدة تزيد على تسعين يوما من تاريخ اكمال بنائه أو خطوه فإذا امتنع مالكه من إيجاره خلال المدة المذكورة تولت السلطة المالية إيجاره وفقا لاحكام هذا القانون)) (١٥)

ويستلزم قيام هذه الحالة الخاصة التي تنطوي على إيجار في التاجير أن يكون الشيء المطلوب استجاره معد للإيجار لفرض السكنى وعليه لا ينطبق

(١) وقد عاكجت المادة (٢١٨) من قانون إيجار الاماكن المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ هذا الموضوع بقولها :- ((لا يجوز إبقاء المساكن المدة للإستغلال خالية مدة تزيد على أربعة اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجسورة القانونية)) *

ومن الملاحظ على هذه المادة انها تشترط ان يقدم لفصل المكان مستأجر يطلب السكن في هذا المكان فيرفض المؤجر التأجير له ، وهذا يعني ان لا محل لمناقشة فصل المكان اذا بقي المسكن خاليا مدة تزيد على اربع اشهر دون ان يقدم أحده لاستجاره -

د- رمضان أبو السعود - المصدر السابق - ص ١٩٢ *

هذا القيد إذا كان المكان مدة لأن يكون متجراً أو حرفياً أو مغزلاً أو أي مكان آخر لا يحد عليه المكان ، لعدم السكني ، ويفهم من ذلك أنه يجوز للمالك أن يترك البيت أو المكان الذي لا يحد مكاناً خالياً مدة تزيد على تسعين يوماً دون أن يسأل من ذلك ، ولا شك بأن ما دفعه المشرع إلى سلوك هذا الاتجاه رغبته في الإسهام في حل أزمة السكن ، كذلك لابد أن يكون هذا السكن مبنيّاً لإيجار للغير وعلى ذلك لا يسرى هذا القيد على المسكن الذي يحتجزه المالك لانتفاعه الشخصي أو لانتفاع أحد أولاده أو القارية الفدين بولهم ، كما لو احتجز المالك مسكناً لزوجته أو لزوج أحد أولاده أو لفتحة مكتسب أو عبادة له أو لأحد هؤلاء ، ولا يشترط أن يُلغى حاجة المالك وأولاده للسكن للاحتجز به الضرورة ، كما لا يشترط أن يكون الولد على بصيرة الزواج أو على وشك الخروج ، لأن العود على مسكن مناسب قد لا يكون سهلاً إذ قد يستغرق مدة طويلة (١) .

هذا وقد حددت المادة (٢٠) السابقة مدة زمنية تزيد على التسعين يوماً لا يجوز بقاء المقار فيها خالياً ، استناداً من المشرع بأنها المدة الكافية التي تمنح للمالك والتي لا يجوز بقاء المقار بعدها خالياً كما يشطوي عليه ذلك من ضرر بالصالح العام الذي يتجلى في ضرورة إسهام هذه المقار في حل أزمة السكن بدلاً من بقاءها خالية دون شغل كذلك فإن مثل هذا التصرف قد يجلب الشك بأن المالك إنما يريد مستأجراً معيناً يرضى ببعض مطالبته غير المشروعة أو المخالفة للقانون ، الأمر الذي يتطلب تلويت هذه الفرصة عليه ، إلا أن خلو المقار هنا لا يأخذ على إطلاقه بل لا بد أن يكون بدون حفر مشروح ولسم يبين لنا المشرع معنى العذر المشروح مما يلقي على القضاة مهمة دراسة كل قضية على حدة لمعرفة وجود هذا الشرط أو عدم وجوده ، وهو ولا شك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال .

ولنا ما أشدنا مفهوم المخالفة فإن ذلك يعني جواز بقاء المقار خالياً مدة تزيد على تسعين يوماً متى وجد لدى المالك عذر مشروح ، كما أن

(١) ٢٥ رمضان ١٤١٢ هـ - ص ٩٩٢ .

أراد هذه وبدأ لملا بأجراء المعاملات الاسوية ، كالسوق على اجازة البناء وتنظيم حازمته او كان بانتظار ولده وعروسه القادمين من شهر المسك او القيسين في الخارج من اجل السكن فيه .

ومن الملاحظ على النص أيضاً بأنه ألزم المالك بإخبار دائرة ضريبة العقار بخلوه . اعتباراً من يوم الاخلاء ولغاية خمسة عشر يوماً التالية . ومنع بقاء المقار خالياً لمدة المدة المحددة فيه من يوم اكمال البناء ان كان جديداً او من يوم خلوه ان كان مشغولاً سابقاً من قبل مستأجر او من قبل المالك الذي احتل النسي ممكن اخسر .

ان مرور ثلثة القنوية المتسار اليها في المادة (٧٠) من قانون ايجار العقار دون ان يقوم المالك بتأجير عقاره المثللكن يقول السلطة المالية مسئلة بقاء ضريبة المقار القيام بتأجيرهم وفقاً لاحكام القانون والتعليمات الصادرة بهمسلة الشأن (٦) ، بعد تبليغ صاحب المقار او من ينوب عنه قانوناً بتسليم مفاتيح المقار خلال مدة ستة اشهر ، وعند امتناعه تقوم اللجنة المشكلة لهذا الغرض بتفويض المقار ونسليمه الى دائرة ضريبة العقار المختصة بعد تنظيم محضر يبين اوصاف المقار ولونه ووجوداته ونواقصه لغرض تأجيرهم . وتتمكنون هذه اللجنة في مراكز المحافظات من تحديد ضريبة المقار وضابط اعمد المنطقة وضابط الضريبة فيها ويمتاز المدة . اما في الاقضية والنواحي فتتألف اللجنة من نظري الانتماضي المتسار اليهم في مراكز المحافظات لبا حدا مدير ضريبة العقار الذي يكون بدله مدير المال في القضاء ومأمور المال في الناحية . وبعد ان تسلم دائرة ضريبة العقار من اللجنة التي دخلت المقار ، تصدر اعلاناً بتأجيرهم وعند وجود اكثر من واحد للتأجير وتساوى عروضهم تطبق الافضلية بحسب الضوابط التالية :-

(٦) تعليمات بانترن ايجار المقار رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ .

- ١ - لمن استملك داره او قطعة ارض يمتلكها .
- ٢ - ذوي الدخل المنخفض نسبياً .
- ٣ - من يعمل اموره اكثر عدداً . (١)

والسؤال الذي يطرح هنا هو : هل يلزم توجيه ائذار الى المالك قبل قيام السلطة المالية باجراءاتها الخاصة بتأجير العقار ، خصوصاً وان هذه الاجراءات كما لاحظنا تنطوي على شيء من القسوة على المأجر ؟

يذهب القضاء العراقي في بعض قراراته الى عدم ضرورة توجيه هذا الاذار . لذلك فان مضي المدة المحددة قانوناً بعد كفاية لقيام السلطة المالية بتأجير العقار عند امتناع المالك عن تأجيره بشتر حق او موع قانوني (٢) ولكننا نفضل توجيه ائذار للمؤجر لتنبيهه الى امر قد يكون فات عليه ولم يحسب حساباً لتأنيجه وانذاره ، وليمثل ذلك فرصة اخيرة لا قبل الاقدام على هذه الاجراءات الشديدة التي تنتهي بتأجير العقار جبراً على مالكه ، وهو ما لا نجهل بل نفضل قيام علاقات ايجارية وانسانية في ن واحد بين المؤجر والمستاجر . ولا يخفى هنا لهذه العلاقات الرضائية والانسانية بين المؤجر والمستاجر من نتائج يهدف في طبيعتها اطمئنان المالك على ملكه وتسهيل المستاجر للمحافظة عليه .

(١) المادة (١١١/٢) من تعليمات وزارة المالية رقم (٦) لسنة ١٩٧٩ . ومن الجدير بالذكر ان احكام الفترات (ا.ب.ج) من المادة (١١) من التعليمات تنص على الفترات المبيحة هي من تاريخ اكمال بنائها - وبشتر بناء العقار كاملاً من اليوم الذي يتم فيه اتصال القوة الكهربائية الى العقار .

(٢) راجع قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٢ / هيئة عامة اولى / ١٧٧ في ٢٦/١٠/١٩٧٧ . مجلة القضاء - المجلد ٤٣ - السنة ٣٢ - ١٩٧٧ - ص ٢٠٥ .

المطلب الثاني

إيداع نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة ضريبة العقار

من واجبات المؤجر -لاخرى التي نص عليها قانون ايجار المقار في الفقرة الرابعة من المادة السابعة ضرورة ايداع المؤجر نسخة من عقد الإيجار لدى دائرة ضريبة العقار التي يقع المأجور في منطقتها خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ إبرامه .

وعندما يقوم المؤجر بإيداع نسخة من العقد لدى دائرة ضريبة المقار فإن هذه الدائرة ستطلب منه تقديم طلب يرفق بالعقد لتقدير القيمة الموعودة للمأجور . وكذلك فإن الإشارة الى ايداع نسخة واحدة من العقد لا يمنع من ايداع أكثر من نسخة واحدة كأن يودع المؤجر ثلاث نسخ أو أكثر ويكون تأييدها جميعا . وفي حالة ايداع نسخة واحدة وتأيدها في دائرة ضريبة المقار يمكن تنظيم صور أخرى طبق الأصل أو اللجوء الى الاستدخاخ ، وفي هذه الحالة لا بد من تأيدها من المالك من خلال ختمها وتوقيع الموظف المختص عليها بعد مطابقتها مع النسخة الأصلية .

ويجب على مدير الضريبة ان يتأكد من كون الايداع لل عقد قد تم بحسب لائحة المدة المحددة قانونا والتي يجب ان لا تتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ إبرامه . وعند ذلك عليه ان يسجل الطلب ويوفقه عقد الإيجار الى شعبة الضريبة الاساسية لتدوين المعنومات الكاملة عن المأجر مع تدوين رقم وتاريخ الطلب وكذلك عنوان المؤجر الكامل (١) .

وفي حالة عدم قيام المؤجر بهذا الواجب يعاقب بالعقوبات المحددة لانتهاك من ثلاثة أشهر ولا تزيد على ألف دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين (٢) .

(١) المحامي حسن عداي الحسيني - المصدر السابق - ص ٤٦ .

(٢) م ٢٣ / ف ٢ من قانون ايجار المقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٦ .

الفصل الثاني

الالتزامات المستأجر

عالجت المواد ٧٦٠ - ٧٧٤ من القانون المدني العراقي التزامات المستأجر الرئيسية التي تنفق مع طبيعة عقد الإيجار، الذي ينص على الانتفاع بالمأجور، مما يتطلب استعماله وفقاً للاتفاق أو وفقاً لما ائذ له . وهو ما يمثل الالتزام الأول، تم الوفاء بالاجرة التي تقابل الانتفاع بالمأجور . ولا بد ان يكون هذا الوفاء وفقاً لحدوده الطرفين اذا كان المقار خاضعاً لاحكام القانون المدني او وفقاً لاحكام قانون ايجار المقار حينما ينضج المقار لاحكامه وهو ما يعتبر من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه ، وبشكل الوفاء بالاجرة الالتزام الثاني للمستأجر ويعتبر رد المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار فسي نقل احكام القانون المدني وقانون ايجار المقار الالتزام الثالث ، ويأتي هذه الالتزام متممياً مع طبيعة عقد الإيجار المؤقتة التي تنجلي في ضرورة انتهائه حتماً في يوم من الأيام .

ويضيف قانون ايجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بعض الالتزامات الاخرى التي لابد من الاشارة اليها ، كالاتزام بضرورة استعمال المأجور بشكل لا يلحق ضرراً بالمأجور ولا يسيء الى سمعة المأجور ، وان لا يؤجر المقار من الباطن كلاً أو جزءاً أو يتنازل عنه وان لا يسكن فيه غير من ذكروا في العقد الا بموافقة المأجر التمهيدية ، او وجود نص قانوني او حكم قضائي .

ويترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته هذه الكثير من النتائج القانونية، كغرض العقوبات الجزائية التي نص عليها قانون ايجار المقار او الحكم عليه بالتخليفة في حالات اخرى وهذا ما سنقول في دراسته عند دراسة اسباب التخليفة في قانون ايجار المقار في المبحث الرابع من كتاب عقد الإيجار ، وعلى هذا الاساس سنقتصر دراستنا على التزامات المستأجر الثلاث الرئيسية المذكورة، فلما مع تجنب تكرار شرح الاحكام كلها امكن ذلك .

المبحث الأول

الالتزام بوجوب الأجرة

درسا فيما سبق الأجرة كركن في عقد الإيجار ، وعرفنا طبيعتها وكيفية تحديدها في القانون المدني وقانون إيجار المقار . وسنقتصر دراستنا في هذا المجال على بيان كيفية الوفاء بالأجرة في ظل القانون المدني فقط نظرا لتنحصر دراسة أسلوب الوفاء بالأجرة في قانون إيجار المقار . كما سنتائج الجزء الذي يترتب على عدم الوفاء بالأجرة في القانون المدني فقط على أمل دراسة هذا الموضوع في قانون إيجار المقار كيب من أسباب الترخية التي تشادت إليه الفقرة ١ من المادة (١٧) من هذا القانون . كل ذلك سيخصصه المطلب الأول من هذا البحث ، أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة امتياز المؤجر على المثلوات الموجودة في المأجور ضمانا للمؤجر في استيفاء بدل الإيجار .

المطلب الأول

كيفية الوفاء بالأجرة وجزء الإخلال بهذا الالتزام

ان من أهم أقتضيات المستأجر دفع الأجرة المتفق عليها إذا كان المأجور يخضع لحكام القانون المدني أو دفع الأجرة وفقا للنسب المحددة قانونا إذا كان المقار يخضع لحكام قانون إيجار المقار وهو ما سبق أن شرحناه تفصيلا .

ورفقا للقانون المدني العراقي (م ١٧٦٥) يصح أن ينص العقد على تججيل الأجرة أو تأجيلها أو تقسيمتها إلى أقساط متفق عليها تؤدي نسي أوقات معينة . وإذا اشترط تججيل الأجرة ، لمزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللمؤجر أن يحبس المأجور حتى يستوفي تلك الأجرة . وإذا اشترط تأجيل الأجرة أو تقسيمها ، لم يلزم الأجرة أو الأقساط المتفق عليها إلا عند حلول الأجل المتفق عليه (م ١٧٦٦ على هاتين) . أما إذا لم يتفق على مواعيد دفع الأجرة وجب دفعها مؤخرا لأن الأجرة لا تسبق إلا إذا استوفى المستأجر

المنفعة أو تمكن من حياضها (م ٧٦٨ مدني عراقي) ، ولكن الصرف ليس
للمراق جرى على دفع القسط الاول من الايجار متقسطاً سواء كان هذا
القسط لشهر واحد أو لمدة أشهر على ان تدفع الاقساط الأخرى لاحقاً
وفي المواعيد المتفق عليها . (١)

ويكفي لاستحقاق الاجرة ان يوضع المأجور تحت تصرف المستأجر
للاستفاد به حتى ولو لم ينتفع به فعلاً . فإذا اجرت سيارة لمدة معينة
ووضعت تحت تصرف المستأجر لاستعمالها في تنقلاته ، وجبت عليه الاجرة
المتفق عليها حتى ولو لم يستعمل السيارة أبداً أو لم يستعملها إلا قبض
الوقت . ذلك لأن التسليم شرط ليس لزوم الاجرة (م ٧٧٠ مدني عراقي) فإذا
انقضت مدة الايجار قبل التسليم فلا يلزم المستأجر بشيء من الاجرة . لأن
الاجرة تقابل المنفعة ، فلا تستحق إلا اذا استفاد المستأجر تلك المنفعة
وفقاً للاتفاق أو وفقاً لما اعتمد له المأجور . (٢)

والمدني بالاجرة في الأصل هو المستأجر . فإذا ما توفى الشئز وورثه يورثه
في حدود ما لديه من تركة ، لأن الايجار لا ينقضي بوقفة المستأجر إلا في حالات
مينة سنتي على ذكرهما . والورثة ملتزمون بدفع الاجرة بموجب عقد الايجار ،
حيث لا تضامن بينهم وتقسم الاجرة بينهم كل بقدر نصيبه في الميراث . ولكن
الاجرة المتأخرة التي حلت قبل موت المستأجر تلزم بها بالتركة نفسها ولا
تقسم على الورثة . وإذا تمرد المستأجرون لعين واحدة ، فالتزامهم بدفع
الاجرة لا يكون بطريق التضامن ، إلا اذا نص عقد الايجار ، أو فهم ذلك دلالة
من الظروف التي تحيط بالعقود والالتزام بطريق التضامن لا يستلزم فيه لفظ

(١) ولقد سبق وان أضونا بأن المادة العاشرة من قانون ايجار العقار رقم (٨٧)
لسنة ١٩٧٩ قد نكست هذا الامر بالسنة للمقارنات النافذة لاحتكاك
بالقول : - (تصلح سلفاً اجرة المقارنات المتسولة باحكام هذا القانون بأقساط
شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار ويصح بإطلاق كل اتفاق
يقضي بخلاف ذلك) -

(٢) انظر المادة (٨٦٨) مدني عراقي ، د - المامري - ص ٣٦٨ - ٣٦٩ ،
د - الصراف - ص ٣٨٩ ، د - سليمان مرتضى - عقد الايجار - ص ٤ - ١٩٦٨
- ص ٣٥١ -

خاص . بن يكتفى كل ما يؤدى الى هذا المعنى - كما اذا اشترط المؤجر لنفسه حق الرجوع على اى من المستأجرين ولحقه على محصوله او امواله الاخرى لاستيفاء الاجرة . واذا كان المستأجرين المراد أسرة واحدة ولا يوجه عقد ايجار مكتوب ، فهناك طريقة على ان المستأجر هو الزوج ، وهو المزيل عن دفع الاجرة - ويجوز لغير المستأجر دفع الاجرة عن المستأجر ، كما يدفع الميسر الدين عن الدين . هناك ذلك ان تدفع الزوجة عن زوجها اجرة المنزل الذى نكته معه . ويكون الدفع صحيحا ينقضى به التزام المستأجر ، ولكن دفع الاجرة الرجوع بها على المستأجر طبقا للقواعد العامة . (١)

نص الدائن بالاجرة ويحق له قبضها فهو المؤجر . او ورثته . ان كان له بولي لان الايجار لا ينتهى بوفاته . والبولي ليسوا دائنين بالتضامن . كما هو الحال بالنسبة لورثة المستأجر الذين لم يكونوا كذلك مدينين بالتضامن . وهذا لا يحد من الاشارة اليه من المؤجر ان ينزل عن الاجرة لغيره كما ينزل عن اى حق آخر له . وتراعى فى ذلك قواعد حواله الحق (٢) .

ولهما يتعلق بكان دفع الاجرة اعتمد المشرع العراقي على القواعد العامة (م ٣٩٦ مدني عراقي) التي تنص على ان الوضعية تكون في موطن المدين او في المكان الذى يوجه فيه محل عمله . اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك . (٣) . ونفس الشيء يقال بالنسبة لتفقات دفع الاجرة كصورقات ارسائها بحوالة يريده او مصرفية او ارسائها بواسطة رسول . حيث يحصلها المستأجر . ما لم يتفق على غير ذلك . لان المستأجر هو المدين بالاجرة ،

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج١ - فق ٢١١ ، ص ٤٦١ - ٤٦٥ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج١ - فق ٣٤٢ - ص ٤٦٥ .

(٣) وقد سلك مشروع القانون المدني

لنا نصا بهذا الخصوص معتمدا في ذلك على القواعد العامة . علما بان المشرع المصري كان قد وضع لنا نصا خاصا يكون الوفاء بالاجرة طبقا للمدين في موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق او عرف يقتضي بغير ذلك - (م ٥٨٦/فق ٢ مدني مصري) . ونرى بان هذه المادة قد تكون ذات اهمية نظرا لتكفاية القواعد العامة دولا ، ولان الاتفاق او العرف السائد هما القائدان في تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في هذا المجال تأييدا .

والطاحنة العامة ان تغطيات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص
يضي بغير ذلك ، وهو ما اشارت اليه المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي .
والسؤال هنا ، ماذا لو اخل المستاجر بالتزامه هذا ، ولم يدفع الاجرة المقررة
قانونا او اتفاقا ؟

في حالة عدم الوفاء بالاجرة المقررة قانونا في المادة الرابعة من قانون ايجار
المعار رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ ، يتعرض المستاجر لسبب من اسباب التضيعة
عالمته الفقرة الاولى من المادة (١٧) من قانون ايجار المعار ووضعت له مدحا
واجراعات معينة يستطيع المزجر عنه استئنافها طلب تنطية المزجر ، وهذا
المعار .

ما يتعرض له بشكل مفصل عند دراستنا لاسباب التضيعة في قانون ايجار
اما الاخلال بتنفيذ هذا الالتزام في ظل احكام القانون المدني فيعطى المزجر
باعتباره دائما حق المطالبة بالتنفيذ المبني لاستيفاء دين الاجرة ، فلذا اصح
المستاجر ورفع دعوى بالدين فان القاضي يحكم له بما استحقه فلا ، ويجوز
تنفيذ هذا الحكم على أي مال من اموال المدين ، ولكن المزجر هنا يفضل التنفيذ
على تلك المنقولات الموجودة في العين لان له حق امتياز عليها . ولكن
للمزجر ان يطلب قسح الايجار بدلا من التنفيذ المبني ، ويتبع القاضي حيا
بسلطة تقديرية واسعة في الاستجابة او عدم الاستجابة لطلب المزجر ملاحظا
في ذلك موقف المستاجر ومدى وحجم اخلاله بتنفيذ التزامه وامكانية منه فرصة
للوفاء بهذا الالتزام - ولذا طلب المزجر قسح الاجرة فيجوز ان يمدد بحله
الى طلب الفسخ ما دام الحكم لم يصدر بعد . ولكن اذا صدر الحكم بفسخ الاجرة
فلا يجوز طلب الفسخ عند الامتناع عن دفع الاجرة التي حكم بها ، ولكن يجوز
مستقبلا طلب الفسخ عند الامتناع عن دفع الاجرة لمحة اخرى ، ويجوز مسح
طلب الفسخ طلب التنفيذ المبني للاجرة التي لم تنفذ لانها حق ثابت للمزجر .
ويجب للحكم بالفسخ اعذار المستاجر بالدفع .

وبجانب طلب التنفيذ المبني ، او الفسخ يجوز للمزجر المطالبة بالتعويض من
الافراز التي اصابته ، كمصروفات دفع الدوى وغوائد التأخير وفقا للقواعد

المادة . وكذلك ما أصابه من ضرر نتيجة العقد قبل انتهاء مدته ، كان تبطل
 للمدين جون إيجار وبغير نصيب من المؤجر . ويجب للحكم بالتعويض أن يفسر
 المؤجر باعتباره المستأجر (م ٢٨٢ مدني عراقي) . وإذا تضمن العقد النص على
 تعويض المتأخر فيجب أن لا يزيد هذا التعويض عن مقدار الضرر حتى
 لا يكون مصدر اتسره للمؤجر . (١)

المطلب الثاني

المبادئ العامة للمؤجر

أكدت بعض القوانين ضرورة توفير الضمانات الكافية للمؤجر وصولاً إلى
 حقه في استيفاء الإيجار . ومن ذلك مثلاً القانونين المصري والفرنسي اللذين نوحوا
 على مستأجر المطار وضع مقولات كافية في المأجور ضماناً لوفاء ببل الإيجار . كما
 ثروا للمؤجر حق امتياز على المقولات الموجودة في العين وحقه في حبس هذه
 المقولات واسترجعها إذا ما نفلت بشير عليه ورغم معارضة (٢) .

والمقولات التي يحسها المستأجر في العين المؤجرة تختلف باختلاف العين
 وباختلاف استعمالها . فإذا كانت منزلاً كانت المقولات في الصناديق وقروشيات
 وأدوات والأثاث منزلية أخرى . وإذا كانت العين حائوتاً أو مغزلاً كانت المقولات
 بهائع . وإذا كانت المقولات قليلة لا تسمى أثاث فهذا المكتب
 الضرورية لتسيير عمله . وأن كانت مصنفاً كانت المقولات آلات وصناعات
 وأن كانت أرضاً زراعية كانت المقولات الماشي والآلات الزراعية وكذلك
 المحصولات التي تنبت الأرض وهكذا بقية المقارات . ويشترط أن تكون
 هذه المقولات ملكاً للمستأجر ، وهي تعتبر كذلك ما لم يثبت العكس . (٣)

(١) راجع في ذلك : د . تناغر - حق ١٤٢ ، د . السنهوري ، غنى المحرر

حق ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٤٩ ، د . غنم حق ١٧٠ .

(٢) د . توفيق حسن فوج - ص ٨٠١ .

(٣) د . السنهوري - ص ٤٩٢ - ٤٩٣ ، د . تناغر - ص ٢٢٦ .

وإن ما وقع خلاف على كفاية ما وضع في المين المؤجرة من منقولات لضمان
الاجرة فإن للمستأجر السلطة التنفيذية اللازمة في المجزأ الى كافة الوسائل
كالاستئجار بالتخريف لمعرفته مدى كفاية هذه المنقولات لضمان دين الاجرة
او عدم كفايتها .

ويعتقد البعض (١) ان ذلك يأتي من باب الاضرار والمبالغة التي قد يردعها
المشرع لحماية المؤجرين وهم عادة من طبقة الكادح الكبار . ولكننا لا نؤيد هذا
الاتجاه لسبب بسيط ، هو ان الحماية الى مثل هذا الضمان لا يبرز الا عند
اختلال المستأجر بالتزامه في الوفاء بالاجرة وهو ما اعتبره المشرع من اهم
التزامات المؤجر .

اما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يلزم المستأجر بوضع منقولات تكون
ليتها كفاية لضمان الوفاء بالاجرة ، وانما جعل المنقولات الموجودة فعلا في المأجور
منفلة بحق امتياز للمؤجر . وقد نظمت لنا ذلك المادة (٣٧٤) من القانون
المعني العراقي بقولها :

(٣٦) اجرة المياني والارضى لزراعية ، لثلاث سنوات ، فوالسنة الاووية
انه قلت عن ذلك ، وكل حق غير للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، له
حجبها حق امتياز على ما يكون موجوداً في المين المؤجرة مملوكة للمستأجر
من منقول قابل للمجزأ ومن محصول زراعي .

(٣٧) ويقع بحق الامتياز على المنقولات والحصولات المنقولة للمستأجر
من المستأجر الاصلي ، اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر
عدم الايجار . فاذا لم يشترط ذلك فلا يثبت حق الامتياز الا على المبالغ
التي تكون مستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة المستأجر منه في الوقت الذي
ينقضى فيه المؤجر لهم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصلي .

(٣٨) واذا نقلت الاموال الثقيلة بحق الامتياز من المين المؤجرة على الرغم
من معارضة المؤجر او على غير علم منه . ولم يثبت في المين اموال كافية لضمان

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الايجار - ١٩٥٢ - ف٢٣٣ ، ص ٣٧٤
د. الصراف ص ٣٩٢ .

المبالغ المتأخرة ، فليس حق الامتياز قائما على الاموال التي ظلت دون ان يطر ذلك بالحق الذي يكسبه المهر ضمن النية على هذه الاموال .

د - ونستوفي هذه المبالغ المتأخرة من ضمن الاموال المنقولة بحق الامتياز بمسند الدينون الواردة في المواد السابقة ، الا ما كان من ضمنه الغيرون غير قابلة في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية :

ويتضح من هذه المادة ان المانحون المرافقي جعل للمؤجر حقل امتياز على ما يكون موجودا في العين المؤجرة من منقولات مملوكة للمستاجر قابلة للمجهر ومن محصول زراعي ، ويستطيع المؤجر بمقتضى هذا الامتياز استيفاء حقوقه لكونه من مقدم الايجار مقننا على المالكين للماديين والمالكين المستأجرين السابقين يكون موثبه . فلما بان هذا الامتياز يمثل المرتبة الخاصة بين حقوق الامتياز الاخرى . (١)

ان هذا الامتياز لا يثبت لكل مؤجر بل يقتصر على مؤجر العقار دون مؤجر مستقل كما ان هذا الامتياز يتحدد بمبلغ الاجرة المستحقة ضمن لائحة سنوات . ان كان المستاجر مدينا للمؤجر باجرة تزيد على هذه المدة . اما اذا قلت مدة الايجار عن هذا المدة فان حق المؤجر يثبت على كل الاجرة . (٢) ثم ان الامتياز لا يضمن دين الاجرة محددة على الوجه السابق فقط ، وانما يضمن ايضا كل حق يتولد للمؤجر قبل المتأجر بمقتضى عقد الايجار كالتعويض الذي يستحقه المؤجر بسبب اساءة المستاجر استعمال العين المؤجرة ، او بسبب

(١) على ان بعض القوانين - كالقانون اللبناني - بالاضافة الى انه لم يفرس على المؤجر وضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الوفاء بالاجرة قائمه لصر الضمان الذي يخول للمؤجر على ما يوجد فعلا في العين من منقولات وجعل له حق حبسها ، ولم يقرر له حق امتياز عليها . (راجع المواد ٥٧٦، ٥٧٤) من قانون الموجبات والنفود اللبناني ١٩٢٠ . تحقيق حسن فرج - ص ٦-٢-٨٠ . (٢) ومن اللافت بان المادة ٨٨٨ مدني مصري الزعم المستأجر يوضع منقولات تكون قيمتها كافية لضمان الاجرة عن مستأجر ولو ضمن كل مدة للايجار اذا قلت عن سنتين .

أحدانه تغييراً فيها يعود إلى المزجج (١) .

ومن الملاحظ أيضاً أن المشرع العراقي لم يلجأ صراحة على السماح للمزجج ضماناً لكل حل يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يجبر الموقوفات القائمة للمزجج . فوجوده في العين المؤجرة ما كانت مثقلة بأختيار المزجج ولو لم تكن مبركة للمزجج ، كما فعل المشرع المصري ، ولكن المادة (١٣٧٤) السابقة تضمنت معنى مقارناً هو بقاء حق الأختيار دائماً على الأموال التي نقلت من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المزجج أو على غير علم منه بشرط أن لا ينفسي في المزجج أموال كافية لضمان عين الإجرة - وهذا يعني أن الأموال المبلقية إذا كانت كافية فإن المزجج لا يستطيع أن يعترض على خروج الأموال الأخرى كما لا ينفسي كحق أختيار عليها ، ويرجع هذا الأمر في تقديره إلى سلطة القاضي التقديرية ، كل هذا مشروط بأن تكون تلك الأموال ملكاً للمزجج في العقد أو مبركة للمزجج لهذه الهيئة أو الحرية بنيم حرية بسيطة النية (٢) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن الفقرة الثانية من المادة (١٣٧٤) عالجت موضوع الأختيار في حالة الإيجار من الباطن ، ومعلوم أن الأصل في القانون العراقي صير جوار الإيجار من الباطن وتلازمته هو عدم جواز ذلك في حالة وجود ما نصحه بالشروط المنع (المادة ٢٧٤ مدني عراق) (٣) .

(١) وفي هذا يختلف القانون العراقي والمصري عن القانون اللبناني حيث يفرض بمقتضاه هذا الحق لضمان مبالغ الإجرة فقط ، ولا ضمن هذا الحق ما قد يستحق للمزجج من مبالغ أخرى من قبل المستأجر كسبلج تجويز عين أفسر ، وقمت منه مثلاً ، ومعنى ذلك أنه لا يجوز استعمال الحق في التحجس على الأثاث وسائر الموقوفات الموجودة في المزجج ضماناً لحق المزجج في التمويه قبل المستأجر .

٢- توليق حسن فرج - ص ٨٢

(٢) - المأمري - ص ٢٧٦ - ٢٧٧ .

(٣) وهذا يعكس ما جلت به المادة (١١) من قانون إيجار الدار العالي التي حظرت الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك وهو ما سنتولى دراسته لاحقاً .

ولذلك فرقت المادة (١٣٧٤/فق ٢) بين حالتيهما :-

أولهما : اشتراط المؤجر صراحة على المستأجر عدم الامتياز ضمن الباطن ،
في وجود شرط مانع يحول دون جواز اجراء هذا التصرف من قبل المستأجر .
وفي هذه الحالة يبقى حق الامتياز قائما على المقتولات والملحقات
الملوكة للمستأجر من الباطن .

وثانيهما : عدم وجود هذا الشرط المانع أو هذا الاتفاق ، أي جواز قيام
المستأجر الأصلي بالامتياز من الباطن ، مستنادا الى الأصل العام في القانون
المدني . وهنا لا يثبت حق الامتياز الا على المبالغ التي تكون مستحقة
للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر منه (المستأجر من الباطن) في الوقت الذي
يتم فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصلي ، ويبدو لنا جليا
أن المشرع أراد حماية مصلحة المؤجر على الرغم من عدم وجود علاقة مباشرة
بينه وبين المستأجر من الباطن ، ولكنه ألزم المؤجر في ذات الوقت بضرورة تنبيه
المستأجر من الباطن بوجود دين ذمته له بذمة المستأجر الأصلي وبمكس هذا ،
أي في حالة توجيه مثل هذا الإنذار ، يصبح المستأجر من الباطن في حل من
هذا الالتزام القانوني .

ولم يبالغ القانون المدني العراقي لاعتياز المؤجر على المقتولات والملوكة للغير
كزوجة المستأجر مثلا ، بينما حالت هذا الموضوع اتمام المادة - (١١٤٩) - من
القانون المدني المصري بقولها :-

(١) ويثبت الامتياز ولو كانت المقتولات ملوكة لزوج المستأجر ، أو كانت ملوكة
لغير ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق
للغير عليها ، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمقتولات المتروكة والفاخرة) .

ويبدو من هذا النص ان المقتولات الموجودة في المأجور وتكون غير ملوكة
للمستأجر ، أما ان تكون ملوكة لزوج المستأجر ، ولما ان تكون ملوكة للغير
أي غير الزوجة وغير المستأجر من الباطن الذي اشترط اليه .

فإذا كانت المقتولات ملوكة لزوج المستأجر ، فهناك قرينة على ان الزوجة
عندما رضيت بوضع مقتولات ملوكة لها في عين استأجرها زوجها قد قبلت ضمنا

إن تكون هذه المنقولات ضامنة للأجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . أما إذا لم تزد الزوجة نفقت ، فعليه أن يفتي هــفـفـة القريفة بإعلانها للمؤجر أن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وانها لا تريد يوضعها في العين أن تكون ضامنة للأجرة ، حتى لا يدول المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع منقولات أخرى ضامنة للأجرة . وهذا كله على فرض الأخذ بقاعدة أن الجبس في ملك المرأة المسلمة ، فإذا استطاعت أن تسترد أثمان المنزل بفضل هذه القريفة نجد نفسها إنهم قريفة أخرى هي وضاماً للمسلمين لأن يكون الأثاث ضامناً للأجرة . فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر . أما عند تحرير المستأجر فليست هناك قريفة ما على أن الجهاز ملك الزوجية ، ولذلك يستعمل المؤجر حق امتياز على المنقولات باعتبار ملكها للمسلمين . (١) أما المنقولات المصروفة للنير فلا يتصلها الامتياز إلا إذا كان المؤجر حسن النية لا يحرم بوجود حق النير عليها . ووجود المنقولات في العين المؤجرة قريفة على أنها مملوكة للمستأجر ، ولذلك يفترض حسن نية المؤجر في ذلك ، بل إن يثبت العكس (٢) . كما إذا كان المستأجر مصطحباً للسيارة أو الأجهزة الكهربائية أو مرفوعة بملامته فتكثر الوقائع لدية ، أو كان سائماً أو مدير تفتق أو باناً بالزوجة ، فظاهر أن السيارات أو الأجهزة الكهربائية أو الأشياء الأخرى الموجودة في العين المؤجرة ليست ملكاً للمستأجر وإنما هي ملك لصلاته أو للآخرين (٣) .

(١) السبوري - ص ٥٠٤ .

(٢) انظر الفقرة الثانية من المادة (١١٤٣) مدني مصري + تناظر - ص ٢٢٤ .

(٣) راجع السبوري - ص ٥٠٥ .

المبحث الثاني

الالتزام بالمحافظة على الأجساد

لم يوجد لنا المشرع العراقي ضمن احكام عقد الايجار نصا يوضح لنا مستوى العناية الذي يجب على المستأجر القيام به منعا لحد ذلك القانون المدني المصري (١) الا ان ذلك لا يشكل - كما نعتقد - قصا يلام عليه المشرع العراقي ، بسبب وجود نص المادة (٢٥٦) التي يؤكد الرجوع اليها في هذا الشأن والتي تنص على ما يلي :-

١ - في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بادارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، لئلا يدين يكون له وفي بالالتزام الا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الفاعل المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شأنه الخاصة متى تبين ان المتعاقدين قصدا ذلك)) (٢)

والاصل ان يستخدم المستأجر العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، وبكس ذلك لايه من الرجوع الى ما اعدته المأجور او ما يقتضيه العرف ، وهو مما اشارت اليه المادة (٧٦٢) مدني عراقي بقولها :-

(١) في المادة (٥٨٣) منه التي تقول :- ((يجب على المستأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد)) -

(٢) ومن الجدير بالملاحظة ان الفقرة الاولى من المادة (٢٦٦) من القانون المدني المصري جاءت مشابهة للمادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي مما يعني ان المادة (٥٨٣) مدني مصري ، ما هي الا تطبيق لمبدأ عام قرنته المادة (٢٦٦) المشار اليها . راجع :-

د. السنهوري - لق ٣٨٠ - ص ٥٣٣ .

((أيا كان المأجور يجب على المستأجر أن يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار فإن سكته العقد وجب عليه أن يستعمله بحسب ما أهد له ولقبها لما يقتضيه العرف)) (١)

وهذا الاتفاق قد يكون صريحا كما إذا أجزت دار كسكنى فقط ، وقد يكون ضمنا يستفاد من ظروف التعاقد نفسها ، كما إذا أجزت سيارة ونص في العقد على أنه لا يجوز أن يركب فيها أكثر من عدد معين من الأشخاص ، لذلك يفيد أن الغرض من تأجيرها هو نقل الأشخاص ، ويمكن القول أن ذكر مهنة أو حرفة للمستأجر في العقد أو معرفة المؤجر لهذه المهنة أو الحرفة يقيم قرينة بسيطة على أن الغرض من الإيجار يتجلى في مباشرة هذه المهنة أو الحرفة (١).

وفي حالة عدم الاتفاق على طبيعة الاستعمال ، لابد من الرجوع إلى ما أهد له المأجور ، ويستتبع القاضي سلطة تقديرية ونسبة لتحديد ما أهد له المأجور بالاعتماد على طريقة بنائه ومنطقته ، فهناك فرق كبير بين مأجور أصه ليكون محلا لبضع الفواكه أو محلا للحلاقة أو مكتبا ، وهناك فرق كذلك بين منطقة تجارية تستخدم فيها المحلات والمقارنات الأخرى لممارسة النشاطات التجارية ، وبين منطقة هادئة من المألوف تستخدم عقاراتها للسكن فقط .

على هذا الأساس لا يجوز للمستأجر استعمال المأجور خلافا للاتفاق أو لما أهد له المأجور ، ولكن السؤال هنا ، ماذا لو استعمل المستأجر المأجور خلافا لكل ما تقدم ؟

يبدو أن المشرع العراقي أراد حماية مصلحة المؤجر حينما يكون هذا التغيير في الاستعمال مقصرا بالمأجور ، وهذا يعني أن التغيير الذي لا يلحق ضررا بالمأجور لا يسلل في إطار هذه الحماية لانتفاء المصلحة وهذا ما يمكن الاستدلال عليه بنص المادة (٧٩٠) مدني عراقي التي تقول :-

((من استمتع منفعة معينة بعقد الإجارة لله أن يستوفي عنها أو مثلهما أو دونها ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها)) .

(١) د شبيب - ص ١٨٣ .

ولكن هذا الامر يبلى خاضعا لرضا ووافق المعاقدين حيث يجوز تقييد استعمال حتى ولو لم يلحق التقييد ضرر بمصالح المجرور الا ان تقييد الاستعمال يعني ان كلا من طرفي العلاقة التعاقدية حسب مصالحه بدقة وتصرف على هذا الاساس . وقد نصت على ذلك فقرة الفقرة الاولى من المادة (٧٦١) بقولها :-
(١) يعتبر التقييد في الاجارة سواء اختلف الارتفاع باختلاف المستعملين ام لم يختلف)

على كل حال فان على المستأجر استعمال المأجور بالشكل الذي يوافق عليه . فمن يستأجر دارا للسكن لا يصح له ان يتركها املا طويلا دون سكناها او دون صيانتها وملاطفتها . ومن يستأجر سيارة او آلة ميكانيكية يجب عليه استعمالها او عدم تركها ، اذا كان في ذلك ما يلحق الضرر بها .
من ناحية اخرى فان من لم يمتثل لالتزامات المستأجر ضرورة عدم الاساءة فسمي استعمال المأجور . كترك الامطار تنسرب مما يؤدي الى تلف المأجور بسبب سيوط يمكن تلافيه . او ترك حنفيات المياه مفتوحة دون مبرر او تحميل المأجور اذا كان سيوانا او مركبة اكبر من طاقته كان يكون سيادة ذات حيلة فيحصل الى استعمالها في محاولات تزيه عما اصابه وصحت له .

استعمال المستأجر للمأجور بما يسيء اليه يحل الحق للمؤجر المطالبة بالتعويض العربي عن طريق ازالة الضرر او المطالبة بالقسط - وهو يستطيع دائما المطالبة بالتعويض عن تلك الاضرار التي اصابته بسبب اساءة الاستعمال وهو ما اشارت اليه المادة (٧٦٤) مدني عراقي بقولها :-
(٢) استعمال المستأجر للمأجور على خلاف المعتاد بعد . فيضمن الضرر التوكله

كما ينتج أثناء استعمال المستأجر للعين بعض الخلل او التلف كتعطيل زجاج النوافذ او تخريب الاجهزة الكهربائية او حنفيات المياه . فيلزم المستأجر بأصلاح وترميم هذه الامور (م ٧٦٢ مدني عراقي) .
كذلك فان المشرع العراقي اعتبر المأجور امانة بيد المستأجر . والامانة كما نصت المادة (٦٥٠ / ٢) مدني عراقي غير مضمونة على الامين بالهلاك ، سواء

كان ذلك بسبب يمكن التحرز منه أم لا ، وإنما يشنها إذا طُلت خصصه
أو يعمد أو تقصير عنه ، (١)

أولاً ذهب الفقه المصري عند دراسته لنص المادة (٥٨٢/فق ٢ مدني مصري) ،
التي بينت لنا مسؤولية المستاجر عن تلف أو هلاك العين المؤجرة (٢) ، إلى
أن المشرع قد افترض أن هلاك المأجور راجع إلى خطأ المستاجر لأن العين لم يمس
حيازته وتحت إشرافه ، والمؤجر غير ملزم بأن يثبت خطأ للمستاجر ، بل يستفيد
من هذه القوية القانونية ، ومع ذلك فهي قريبة قابلة لاثبات العكس ، إذ يجوز
للمستاجر أن يفي بمسؤوليته عن الهلاك ، إذا أثبت أنه بذل في المحافظة على
المأجور ما يبذله الرجل الاعتيادي ، وأنه كان يستعمل المأجور وفقاً للاتفاق
أو وفقاً لما اعتد له ، أو أن الهلاك قد حصل بسبب أجني كثره لاهمة أو خطأ
المستاجر نفسه أو خطأ شخص من الغير من يسأل عنهم المستاجر (٣) .

ومن الجدير بالذكر بأن قانون أيجار الصادر رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ - اعتبر
أن أحداث المستاجر بالمأجور ضرراً جسيماً عسفاً أو إهمالاً ، فإحداثه تقصيراً
جوهرياً فيه دون موافقة المؤجر التحريرية ، أو استعماله خلافاً للقرصن المبيح
في عقد الإيجار بما يتوجب عليه أساساً سلطة المؤجر أو إلحاق الضرر بالمأجور ،
من الأسباب التي تحول المؤجر مطالبة المستاجر بإخلاء المأجور ، وهذا ما استعمله
بشكل مفصل عند دراستنا لأسباب التخلية في قانون أيجار المعلق (٤) .

(١) د. العامري - ص ٢٨٩ .

(٢) بقولها : ((المستاجر مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من
تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً)) .

(٣) وقد تشدد المشرع المصري في مسؤولية المستاجر عن الحريق واعتبره
التزاماً بتحقيق نتيجة بموجب المادة (٥٨٤/فق ١) التي تقول :-

((للمستاجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ
من سبب لا يد له فيه)) . لزيد من التفاصيل راجع المصادر التالية :-

د. السنهوري - ص ٣٩٧ وما بعدها ، د. تافور - ص ١٤٧ من ٢٥٣
وما بعدها ، د. شبيب - ص ١٩٤ وما بعدها .

(٤) انظر الفقرات (ج.د.م) من المادة (١٧) من قانون أيجار المعلق رقم (٨٧)
لسنة ١٩٧٩ .

المبحث الثالث

رد المأجور

قلنا ان عقد الإيجار يعتبر من العقود الموقوفة التي تنصب على الانتفاع بالمأجور. ولا بد له من نهاية تحقق بانقضاء مدته أو بفسخه لأي سبب من أسباب الفسخ أو بانهائه لأي سبب من أسباب التخلية الجبرية اليها في قانون إيجار العقار . وعلى هذا الاساس نلن إعادة المأجور بذاته - حقيقته (أن كانت هناك ملحقات) بعد من واجبات المستأجر الأساسية (١) ولا يحق له إعادة شيء آخر محل ما استأجره حتى ولو كان الفضل من المأجور ، لاني حالة موافقة المؤجر على ذلك . ولا بد من تسليم المأجور بنفس الطريقة التي استلم بها من قبل المستأجر ممن خلال وضعها تحت تصرف المؤجر ، بحيث يتمكن من وضع يده عليه وحيازته ، ولا بد ان يقتضى ذلك باسقاط المؤجر ، الذي قد لا يكون على علم بانقضاء مدة العقد أو رد المأجور مما يؤدي الى إلحاق الضرر بالمأجور . ويكتفي هنا بوضع المأجور تحت تصرف المؤجر ومنظاره بذلك ، فان تغلف عن الاستلام فإن المستأجر يعتبر موفيا بالتزامه ويحصل المأجر كافة الاضرار والآثار التي قد تترتب على عدم احتفاظه بالمأجور .

اما بالنسبة لمكان إيراد النكاح الذي تسلم فيه المستأجر المأجور ما لم يحدد الاتفاق أو المرفق مكانا آخر . كما يعتبر وقت التسليم عقد الإيجار زمانا للمرد سواه كان الانقضاء طبعيا أو كان جراء فسخ العقد أو سبب من أسباب التخلية (٢) علما بان للمستأجر الحق في حبس المأجور اذا كان يستحق تعويضا لم يقبله اليه بعد أو لم يحصل على تأمين كاف يضمن الوفاء بهذا التعويض (٣) .

(١) قد تكون الملحقات مبرجة أصلا أو انها قد نشأت خلال مدة الإيجار . كما هو الحال بالنسبة لتتاج المناضبة المؤجرة أو على النهر الذي يتكون أنسجه الإيجار (د - شنب - ص ٢٦٩) .

(٢) انظر المادة (٧٧٦) مدني مرآتي .

(٣) وقد أشارت الى ذلك فعلا المادة ٧٨٧ مدني مرآتي بقولها : (١ - لا يجوز أن تحتفظ اليه ملكية المأجور ولم يكن الإيجار نافذا في حقه انه يجبر المستأجر على الاخلاء بعد التنبيه عليه بذلك في المواجد المبينة في المادة (٧٤٦) .

(يتبع)

هذا وقد نظمت المادة (٧٧٢) من القانون المدني العراقي الحالة التي يجب ان تكون عليها العين المؤجرة وقت ودعا بالقول :

١ - للمستأجر ان يرد المأجور في الحالة التي تسلمه عليها الا ما يكون قد اصابه من هلاك او تلف لم يصب لا بد له فيه .

٢ - لان كان تسليم المأجور للمستأجر قد تم دون وضع بيان بأوصافه فيفترض ، حتى يقوم الدليل على العكس ان المستأجر قد تسلمه فسي حاله حسنة (١٠) .

ومن هذا النقص يبدو ان على المستأجر رد المأجور وحفظه بالحالة التي كان عليها عند بدء الانتفاع . وتنحصر حالة المأجور بسبب ما هو مذكور في مضمون الجرد الذي يبين اوصاف المأجور ، نألا لم يوجد مثل هذا المضمون افترض المشرع ان المستأجر استلم المأجور في حالة حسنة لانه لو كان قد تسلمها في حالة غير حسنة لاثبت ذلك عند تحرير العقد فاذا مر اصيل تسلم وحسنه نتيجة لهياله . (١١)

١ - واذا تبين للمالك الجديد المستأجر بالاختلاء قبل انقضاء الايجار فان المأجور ملزم بتعويض المستأجر ما لم يتحقق على غير ذلك ولا يجبر المستأجر على الاختلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او من المالك الجديد نيابة عن المؤجر او الا بعد ان يحصل على تأمين كاف للرفع بهذا التعويض . (١٢)

(١١) ويستغرب سناذنا م - سببون الباعث من هذا الموقف يحق ويعتبره معاكساً مع نص المادة (٧٢٢) مدني عراقي التي تعتبر المؤجر موقفاً بالتزامه انما سلم المأجور بالحالة التي هو عليها وقت العقد ولو تكن هذه الحالة حسنة . ولكننا نعتقد بان نص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي لا بد من انذار بنظر الاعتبار ايضاً فهو يعرف لنا عقد الايجار بالقول : ((الايجار تبليك منفعة معلومة بعوض معلوم لغة معلومة . وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)) . ولا شك بان العبارة الاشيرة في هذا النص ترسم لنا صورة واضحة عن الحالة التي يسلم عليها المأجور لاستيفاء المنفعة المقصودة منه ولذلك فقد اقترحنا ضرورة اعادة النظر بنص المادة (٧٢٢) مدني عراقي ووضع نص جديد يتسجم مع الخط الايجابي الذي رسمه المشرع العراقي في المادتين (٨٢٢ ، ٧٧٢) من القانون المدني . لزيادة من التفاصيل راجع ص ٩٠ من هذا المؤلف .

ومع ذلك ينبغي له أن يثبت أن حالة العين لم تكن حسنة وقت استلامها، فالقرينة التي أمامها المشرع تقبل اثبات العكس بكل طرق الإثبات بما في ذلك القسادة والثرائن لأن المسألة تتعلق بواقعة مادية. والمستأجر يسأل عن سلامة العين غلقها إلا إذا ثبت أن ذلك راجع إلى سبب أجنبي أو إلى الاستعمال المألوف للأجور. ويمكن أن يثبت للمستأجر أنه بقل في المحافظة على الأجور ما يبذل الشخص الاعتيادي. (١)

وتد يخل المستأجر بهذا الالتزام (أي الرد عند انقضاء مدة الإيجار). وعندما يستطيع المؤجر تطبيقاً للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كما يستطيع المطالبة ببطل إيجار المثل بالإضافة إلى الترميمات من الإضرار التي سببها إخلال المستأجر هذا، والتي تبرز سلطة القاضي التقديرية واسعة في تحديد ما، مثال ذلك ما فات للمؤجر من ربح وما لحقه من خسائر بسبب فقدانته لصفة رابحة من بيع الأجور أو في تأجيله لخصم آخر أو نسي زراعة الأرض بنفسه في الوقت المناسب، فيما لو أخطيت من قبل المستأجر عند انقضاء مدة الإيجار. (٢)

هذا وقد أكد القانون المدني العراقي على بقاء الأجور أمانة في يده للمستأجر عند انقضاء الإيجار كما كان النسخة. ولذلك يعتبر المستأجر ضامناً لما يجب تلف الأجور. كما يعتبر المستأجر ضامناً أيضاً إذا طلب المؤجر الأجور منه عند انقضاء مدة الإيجار ولكن المستأجر امتنع عن تسليم الأجور ثم الحق بالتلف فيما بعد بالأجور (المادة ٧٧٣ مدني عراقي).

(١) تنافس - ص ٢٥٢، السنهوري - فن ٤١٧ - ص ٦٠٠، السامري - ص ٢٨٢، شبيب - ص ٢١٦.

(٢) يستطيع المستأجر أن يدفع المسؤولية عنه إذا أثبت انقضاء الخطأ من جانبه وأنه كان يستعمل للأجور بحسب المألوف ويبذل في المحافظة عليه عناية الرجل الاعتيادي (د- تنافس - ص ٢١٣).

ويعتبر المستاجر قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة إذا كان المأجور منقولاً ولم يحم المستاجر بزمه إلى المؤجر عند طلب الأخير له بمدة حلول الالتزام بزمه (١٦) .
وله يقوم المستاجر بأعمال بعض المصروفات على المأجور . وربما تكون هذه المصروفات ضرورية . يضطر المستاجر إلى اعتمادها لحفظ العين المأجورة من الهلاك أو التلف . كالتلفات التي تصرف لها إصلاح منزل قابل للتسليم أو عسي بناء جدار متداع يهدد بسقوط العفار . أو في تصريف المياه من أرض مخصصة بالتلف بسبب نحرها بمياه الفيضان . وتخضع هذه المصروفات للقاعدة القانونية العامة المنصوص عليها في المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي التي تقول :-
« على مالك الشيء رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الساكن جميع ما انفق عليه من المصروفات الاضطرارية . والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير العادية التي يطرأ الشخص إلى اعتمادها لحفظ العين من الهلاك » .

كما قد تكون هذه المصروفات كمالية يقصد بها زخرفة العين أو تحسينها دون أن يضيف شيئاً إلى جوهر العين كترسيم صورة زينة على جدران المنزل أو تجميلها بالورق الملون (١٧) . وتخضع هذه المصروفات أيضاً إلى حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الثالثة من المادة (١١٦٧) التي تقول :-

(١) وإذا كانت المصروفات كمالية ليس للمالك أن يطالب بشي منها وعلى ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثته منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا أثبت المالك أن يستقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة القيل) .

واصطلاح مستحقاً للقيل أخذ عن الشريعة الإسلامية . ويقصد به قيمة الأشياء وهي مقلوغة بعد استطلاع مصادف قلمها (١٨) .

وهناك نوع ثالث من المصروفات وهي المصروفات العامة التي لا يقتضيها حفظ العين من الهلاك والتلف . ولا تعتبر في ذات الوقت كمالية لأنها لم تنفق من

(١٦) قانون :- د - حيد القسبي - جرائم الاعانة - على الأموال - ص ٥٨٠ - ٥٨١ .

د - السنهوري - ص ٦٦٣ .

(١٧) د - شبيب - ص ٢٤٢ .

(١٨) د - الصراف - ص ٣٩٦ .

أجل الزيت والزخرفة . بل في تحسين العين وجعلها أكثر صلاحية للانتفاع بها .
وتعد تكون هذه المصروفات قد انقضت في القيام بالترميمات التأجيلية كإصلاح
زجاج النوافذ أو حنفيات المياه ، حيث يتحملها المستاجر ، وقد تنفق على
الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين ، أو في زيادتها وتحسينها ، كما لو أدخل
إليها النور أو الغاز . والهاشمي ، أو أكثر ، فيها المراتق وحسن من استعمالها .
لو كانت العين المؤجرة أرضاً زراعية فتنفق المستاجر فيها مصاريفاً وترعى للنبات (١)

وقد عالجت المادة (٧٧١) مدني عراقي هذا النوع من المصروفات بقولها :-

« ٦ - إذا انتفعت الإجارة وكان المستاجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس في
فيه أشجاراً أو قام بتحصينات أخرى ما يزيد من قيمته وكان ذلك على
الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه ألزم المستاجر بمصم البناء وقلع الأشجار
وإزالة التحسينات » فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يمتلك ما
استخدمه المستاجر بقيمته مستحقاً للقلع .

٢- أما ما أحدث المستاجر شيئاً من ذلك يعلم المؤجر ودون اعتراض منبه
فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستاجر الأقل ما انقذه هو ما زاد في قيمة المأجور
ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك .

٣ - فإذا أحدث المستاجر شيئاً من ذلك باهر للمؤجر . فإن المؤجر يلتزم
بأن يرد للمستاجر ما انقذه بالتقدير المبرور . ما لم يكن هناك اتفاق
يقضي بغير ذلك .»

وعلى هذا الأساس فإن اتفاق هذه المصروفات قد يكون دون علم المؤجر أو بعلمه
ومعارضته لها . وهنا لابد من قيام المستاجر بقلع ما أحدثه من مباني وتحسينات
وتحصينات على حسابها الخاص بشرط أن لا تضر هذه الإزالة بالمأجور فإذا كان
القلع مضرًا جاز للمؤجر أن يمتلك ما استعملته المستاجر بقيمته مستحقاً للقلع
(أي نسبة الأشياء وهي مقلوعة بعد استقطاع مصاريف قلعها) .

(١) د شبيب - ص ٢٢٢ - المنهوي - ص ٦١٦ .

كما قد تكون هذه المصروفات قد انقشت بعلم المؤجر ودون معارضته أي بموافقته
النفسية . فان المؤجر يرحم للمستأجر الاقل مما (من مواد وإيجرة عمل) او مما
الاتفاق في قيمة المأجور لهذه النسبة . انتمز المؤجر ان يدفع له مقدار مما زاد
في القيمة فقط . وإذا كان الاتفاق قد زاد في قيمة المأجور بأكثر منه لسم
يسمح المؤجر للمستأجر سوى ما اختلفه من مال ما لم يكن قد حصل بينهما اتفاق
ينص على خلاف ذلك . أما في الحالة الأخيرة حيث يكون الاتفاق قد تم بناء على
أمر من المؤجر أي بناء على رغبته الصريحة فان المؤجر يكون ملزماً بأن يودي
للمستأجر ما انفقته بالمقدار الذي يقرره الحرف ما لم ينطبق عليه غير ذلك . (١) -

(١) د - المصروف - ص ٣٦٦ - ٣٦٧ .

الفصل الثالث

طبيعة حق المتاجر والتصرف فيه

اختلف الفقهاء بالنسبة لطبيعة حق المتاجر بين من يعتبره حقاً شخصياً وبين من ينسب الى انه حق عيني ، ليسوق كل جانب ما لديه من الحجج لدعم وجهة نظره . ولكن الامر الذي اكتسب أهمية كبيرة هنا هو حق المتاجر فسي الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار فببعض تعتبر القوانين المدنية ومنها القانون المدني المرفعي ان الاصل هو جواز الايجار من الباطن او التنازل عمن الايجار . ذهبت القوانين الخاصة بقانون ايجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٦ الى تحريم هذا التصرف واعتباره باطلا . بعد ان كان قانون ايجار المقار السابق رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ قد أجاز هذا التصرف بشرط موافقة الزوج المتعدي . وعلى هذا صفتنازل في هذا . لتصل طبيعة حق المتاجر في مهمة اول قسم ندس بعد ذلك حق للمتاجر في الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار فسي القانون المدني المرفعي وقانون ايجار المقار في مهمة ثلث .

المبحث الاول

طبيعة حق المتاجر

كان من المنطق عليه ان حق للمتاجر هو حق شخصي ولكن وجود بعض الظواهر القانونية دفع بعض الفقهاء الى الدفاع عن عينية حق المتاجر . وكان على راس المعلقين من هذه الفكرة الكاظمي القليبي تروبولون وتيس محكمة النقض الفرنسية الذي جمع حوله ثلثاً من الفقه والمثاقفة من المحاكم . الا ان محكمة المحكمة بالذات قضت على نظرية رئيسها لكي تثبت حق للمتاجر الشخصي فقط دون ان يكون لهذا الحق صفة عينية - (١)

(١) الصنوبري - ص ٦٢١ - تلافير - ص ٢٥٨ - الأحمري - ص ٢٨٧ .

وكانت القوى المتحجج التي استند إليها المدافعون من عملية حق المستأجر تعطى في سريلانكا عقد الإيجار في حق المالك الجديد عند انتقال ملكية المبنى المؤجرة إلى الغير إذا كان عقد الإيجار ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . ويفاس على ذلك أيضا . انتقال الحقوق المبنية الأخرى إلى الغير دون حق الملكية كحق الانتفاع ورهن الحياة . ويقول الفاضل الحق المعني أن هذا دليل على أن المستأجر حق التمتع ، إذا أنه يستطيع أن يحتج بعقد كميته على كل من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة أو من انتقل إليه حق عيني فيها . وشمأن للمستأجر في ذلك هو شأن التمتع وشأن الدائن المرتهن ، فكل من هؤلاء يستطيع بموجب حق التمتع أن يحتج بعقد على الغير ، ولذا لم يكن هناك شك في أن حق كل من التمتع والدائن المرتهن هو حق عيني ، فما لا شك فيه أن حق المستأجر هو الآخر حق عيني (١) . وقد رفض الفقه والقضاء هذه الحجة ، لأن فعلا حق المستأجر في مواجهة المالك الجديد ليس تطبيقا لفكرة التمتع ، ولكنه استثناء من مبدأ مسؤولية المالك الجديد . فالأصل ألا تصرف المالك المقتد إلا إلى عائلته والخلف العام لهما . ولكن استثناء من هذا مبدأ فإنه إذا انشأ المقتد التزامات وحقوقا شخصية تتمثل بغيره ، انتقل بعد ذلك إلى خلفه خاص ، فبان منه الالتزامات والحقوق تنقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء . إذا كانت من مستلزمات . وهذه هي نظرية الاستثناء ، وطبقا لها فإن حق المستأجر لا يكون نافذا لحسب في مواجهة المالك الجديد ، بل يصبح عرضيا مدينا في مواجهة المالك الجديد يقتضي عقد الإيجار . كما كان مدينا في مواجهة المالك السابق ، تطبيقا لفكرة القوة الملزمة للمقد (٢) .

ومن الحجج الأخرى لامتناع نظرية الحق العيني لمكانية قيام المستأجر بدفع التعويض للمؤجر من الغير بنفسه دون اللجوء إلى المؤجر ، كذلك يستطيع المستأجر أن يقيم دعوى استرداد الحياة مادام قبل نزاع عنه تصرف بلا جوار تصرفا متواصلا وسليما . معلوم أن المادة (٧٥٥) مدني عراقى تميز للمستأجر

(١) الشهري - ص ٦٣٣

(٢) ثنائى - ص ٢٥٩ ، المدنى - ص ٦٣٤ .

ان يطلب رفع يد القاصب اذا كان ذلك بامكانه ، كما تجيز له ان يطالب القاصب بالتعويض . ولا كان الاصل في دعاوى استرداد الحيازة انها مبنية على حماية الحقوق العينية وحيازتها حيازة قانونية فان هذا يعتبر امتزاجا مسحا المشرع بان للمستأجر حقا عينيا على المأجور (١) . ويسرى اصحاب هذا الاتجاه جميعا اخرى لدعم موقفهم كالاتحاد الى القائمة التي تقضي بوجوب تسجيل عقد الايجار اذا زادت مدته على حد معين (تصبح سنوات في القانون المصري واثنتي عشرة سنة في القانون الفرنسي) ، ويخلون من هذا التسجيل دليلا على ان حق المستأجر حق عيني لان الحقوق العينية وحدها هي التي تسجل . وقد رد على هذه الحجة بان هناك حقوقا شخصية اخرى تسجل ، كذلك ضمانه لمصح ان عقد الايجار يجب تسجيله لان للمستأجر حقا عينيا لوجب تسجيل جميع عقود الايجار ايا كانت مدة العقد (٢) .

الا ان كافة هذه المعيج لاتضمن اتمام الكثير من الطوائف التي ترجع كلفة الحق الشخصي ولي طليعتها تعريف عقد الايجار للولود في المادة (٧٢٢) مدني عراقي الذي ينطوي في انه :

(و) تملكه منفعة مطلوبة يعرض معلوم لمدة مطلوبة ، وبه يلتزم المؤجر ان يكون المستأجر من الانتفاع بالمأجور) .

وضرورة اخطار المؤجر بكل تعرض قانوني يحصل للمستأجر باعتباره المؤجر هو الخصم الحقيقي في ذلك . اما بالنسبة لمبلغ التعرض المادي فلا علاقة له بصفة الشخص المرافق سواء كان مستأجرا ام لم يكن ، اذ ان التعرض اليه مادي كما تحميه النصوص القانونية من النظر من صفته . وما يمنح للشخص كغيره من نظرية الحق الشخصي عدم ذكر المادة (٦٨) مدني عراقي حق المستأجر كحق عيني ، على الرغم من درجتها الحقوق العينية على مبدل الحضر وليس على مبدل المنال .

(١) - العامري - ص ٢٨٨ .

(٢) - السنهوري - ص ٦٢٩ .

يعود اذ ما تقدم ان خصصنا نظرية الحق الشخصي يشكون جميعا القوي لدعم موقفهم . الا ان ذلك لا يمتنى نهاية المطاف او القول الفصل . بسبب يبروز بعض الطواجر القانونية التي استلها التطورات الاقتصادية والاجتماعية ، مما ادى الى صدور الكثير من القوانين الالجار الخاصة التي زادت من تدخل المشرع في تنظيم العلاقات الاجتماعية على حساب مبدأ سلطان الارادة . وهذا ما ادى الى ظهور جيل الامتداد القانوني لمفهوم الايجار الذي اوى حق المستاجر واكسبته الكثير من الضمانات والاستقرار بشكل لا يتفق الا مع خصائص المصطفى المعني حيث لا يستطيع المؤجر وفقا لذلك ان يطالب المستاجر باخلاء المأجور الا بسبب من اسباب التخلية المنصوص عليها قانونا (١) بحيث أصبح المؤجر (٢) كانه شريك للمؤجر في ملكه (٣) .

نائج ترجيح حق المستاجر الشخصي :-

(١) ان حق المستاجر يعتبر متفردا سواء كان المأجور عقارا ام متفردا . لان هذا العقد لا يلزم المؤجر بنقل ملكية المأجور الى المستاجر ، بل يقتصر على التزم المؤجر بتسليم المأجور خاليا من الشوائب ويمكن المستاجر من الانتفاع بالمأجور وفقا لاحتياجاته ، او وفقا لما اعد له المأجور .

ومما يترتب على ذلك عدم جواز قيام المستاجر برهن حقه هذا رهنه تأمينيا لان هذا النوع من الرهن لا يصح الا بالنسبة للعقار . ولكن الرهن الحيازي جائز هنا لانه يرد على العقار وعلى المتقول . ولكن الرهن الحيازي يؤدي الى حرمان المستاجر من الانتفاع بالشيء ، لان نفاذه يقتضي انتقال حيازة الميسر الى المأجر المبرهن . كذلك لا يشترط عند الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار تسجيل هذا التصرف في دائرة التسجيل العقاري . ويعتبر مثل هذا التصرف نوعا من حوالة الحق . وتنتج في التنازل لرباعه حوالة الحق في

(١) نظر المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

(٢) كما ينص الى ذلك الاستاذ السنيوري - ص ٦٥٢ .

(٣) للمزيد من التفاصيل راجع : د . عصمت عبد المجيد بكر - أكرم النزعة الاجتماعية في تطور عقد الايجار - المصدر السابق - ص ٥٩ وما بعدها .

ضرورية قبول المؤجر للموافقة واعطائه بها . من ناحية اخرى لأن المحكمة المختصة بمشتر الدعاوى الناشئة من عقد الإيجار هي محكمة موطن المدين عليه وليست محكمة المثلر . (٩)

فكر ليس للمستأجر ان يدفع بنفسه التعرض الصادر عن الغير المبني على سبب قانوني بل لابد له من اخطار المؤجر بذلك . والاستعانة به في دفع مـ التعرض . وكذلك لا يجوز للمستأجر ان يرفع الدعوى على مستأجر اخر سابق عليه وانتهى عقد إيجاره يطلب منه اخلاء المين ، بل يجب عليه رفع الدعوى على المالك مباشرة . ولا رفع المالك الدعوى على المستأجر السابق يطلب منه اخلاء المين . فليس للمستأجر الجديد ان يحتل فيها . (١٠)

(١) انظر المالك (٣٧، ٣٦) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٢) لسنة

١٩٦٩ د. تناظر - ص ٢٦٥ د. الصراف - ص ١٠٩ .

(٢) د. تناظر - ص ٢٦٦ د. الطاعري - ص ٢٩٠ .

المبحث الثاني

الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار

على الرغم من الاختلافات التي لاحظناها بشأن تكييف حق المستأجر وهل أنه حق عيني أم أنه حق شخصي ، فإن الرأي الساجع هنا يفضل اعتبار هذا الحق شخصياً يستطيع معه المستأجر التصرف فيه كأي حق شخصي آخر بالبيع أو الهبة أو الرهن وهنا حيازياً أو الاعادة ، ولكن الحياة الصلية تترى أن أكثر التصرفات التي يجريها المستأجر للتصرف في حقه تصرف عادة التي التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن . ولذلك ترى أن الدراسات الفقهية والقانونية تهتم على الغلب بهذين الموضوعين ((الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار)) سواء كان ذلك في ظل أحكام القانون المدني أو في ظل أحكام القوانين الخاصة بقانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ مثلاً .

وهناك في هذا الشأن موضوع آخر لا يقل أهمية عما تقدم أشار إليه قانون إيجار العقار في المادة (١٣) منه يطلق عليه اسم المسكنة أو مسكن الغير مع المستأجر . حيث وضع لنا قانون إيجار العقار مبدأ أجاز فيه للمستأجر أن يذكر في العقد أسماء الأشخاص الذين يسكنون معه في المأجور ، ونص أيضاً على أن الأشخاص الذين يجوز للمستأجر أن يسكنهم معه ولو لم يذكروا في العقد ، أو لم تحصل الموافقة التحريرية لاسكانهم من قبل المؤجر ، وقد رأى المشرع في ذلك الروابط الباطنية والعادات والتقاليد الاجتماعية في العراق التي لا يجوز انفصالها .

تكييف التصرف والفرق بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار

قد يتفق المتأملان على طبيعة التصرف بشكل واضح لا لبس له ، ولكن قد يتفق المتأملان على هذا التصرف دون بيان طبيعته ، وهل أنه إيجار من الباطن أم أنه تنازل عن الإيجار . وهنا لابد للقاضي ابتداء من عتبة كلفة الوسائل كمرحلة التكييف السليم لهذه الملائمة بالرجوع إلى نية المحمدين المشتركة ، أو الرجوع إلى الظروف المحيطة بالعقد أو شروطه التي ارتضاها الطرفان .

ومن المعايير التي يشير إليها ذلك في هذا المجال كيفية دفع الثمن ، وهل المدفوع دفعة واحدة أم كان مقسماً ، حيث يصح اعتباره تنازلاً عن الإيجار في الحالة الأولى وإيجاراً من الباطن في الحالة الثانية . ولكن هنا للبيان قد لا يكون كافياً خصوصاً في أيامنا هذه التي قد يطلب فيها المؤجر دفع بدل الإيجار مقدماً ولمدة سنوات ، وهذا ما دفع القوانين الخاصة ومنها قانون إيجار العقار الحالي إلى منع ذلك ، ووجوب أن يدفع سلفاً أجره المقارن المتسوية بإحكام هذا القانون بالتسليم شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الإيجار ويقع بإطلا كل اتفاق يقضي بخلافه ذلك ، (١)

ومن المعايير الأخرى المستعملة الرجوع إلى طبيع التصرف وهل أنه يشمل كل المأجور أم جزء منه ، حيث يصح اعتباره تنازلاً في الحالة الأولى وإيجاراً من الباطن في الحالة الثانية .

ومن أهم الدلائل التي يستطيع القاضي الرجوع إليها وجود مقدين أحدهما بين المؤجر والمستأجر وثانيهما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن ، وغالباً ما تختلف شروط هذين المقدين عن بعضها ما يدل على أن التصرف هو إيجار من الباطن .

ولكن كأنه المعايير المتقدمة وإن كانت مؤشراً للقاضي للوصول إلى حقيقة التصرف وإعطاء التكليف القانوني الصحيح له ، إلا أنها ليست حاسمة بل أنها دلائل تقريبية توصل القاضي إلى مبدأه وقد لا تجديه لها ، وهناك سيرجى القاضي افتراض أنصرف نية المتعاقدين إلى التأجير من الباطن لأنه الأكثر شيوعاً والأقرب إلى أخلاق الناس من التنازل عن الإيجار - (٢)

عقد من عقد الإيجار من الباطن أحدهما بين المؤجر والمستأجر الأصلي وثانيهما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن وقد يختلف المقدين عن بعضهما من حيث الشروط ، إذ قد تكون لاجرة في العقد الثاني أقل أو أكثر من الاجرة في عقد الإيجار الأصلي كما قد تكون لمدة أقصر أو أطول من المدة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر الأصلي ، وهنا تكون الاجلوة من الباطن فيما يتعلق

(١) المادة ٢٤٨ من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ .

(٢) انظر د: العلوي - ص ٣٩٢ . د: الصراف - ص ٥٠٤

بالدعة الزائدة موقوفة على ابراءة المؤجر الاصلي . وقد يتفق المتعاقدان على ان تكون شروط الايجار من الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي . كما ان هذا المسموع يعمد شروط الايجار من الباطن لانه يقتضي انهما اتفقا ضمناً على ان تكون شروط الايجار من الباطن هي نفس شروط العقد الاصلي من حيث الاجرة ومن حيث المدة . ولا شك بان التزامات المستأجر الاصلي تجاه المستأجر من الباطن هي نفس التزامات المؤجر بالنسبة للمستأجر الاصلي . كذلك لان حقوق المصنّاجير الاصلي في مواجهة المستأجر من الباطن هي نفس حقوق المؤجر في مواجهة المستأجر الاصلي . خصوصاً ما يتعلق منها بحق الامتياز على ما يكون في التاجور من منقولات مملوكة للمستأجر من الباطن قابلة للحجز او محصولات زراعية . أم التنازل عن الايجار فانه ينقل الى المتنازل اليه الحق بأنه بصروطه ووصافيه . لذلك قبل ان التنازل عن الايجار هو تنازل عن الحق بطريق البيع او الهبة . كذلك ليس للمتنازل عن الايجار حق امتياز على منقولات المتنازل اليه كما لاحظنا ذلك في الايجار من الباطن . ومن الفرق الاخرى التي يضيفها جانب من الفقه بين الاثنين هو ان التنازل عن الايجار هو تصرف في الحق ، فيجب ان تتوفر فيه اعملية التصرف بما الايجار من الباطن فهو من اعمال الادارة ، فلا تقتطع فيه اعملية الادارة (١) .

تسري يستطيع التاجر التاجر عن الباطن أو التنازل عن الايجار ؟

اولاً : في القانون المدني :-

الاصل في القانون المدني العراقي جواز الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار ما لم يقض الاتفاق او العرف بعدم جواز ذلك كلاً او جزءاً . والتي هنا اشارت المادة (٧٧٥) مدني عراقي بقولها :-

(١) تنازل - من ٢٦٨ - المنهوي - من ٦٦٤

والمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في القطار وفي الشقول وله كذلك أن يشاؤل لغير المؤجر من الاجارة كل حقا ما لم يقض الاتفاق أو بغيره» (١) .

والحكمة من هذا النص ان الايجار في الاصل ليس من العقود التي تهتم بالاعتبار الشخصي للمستأجر ، فلا فرق في استلام الاجرة من المستأجر الاصلي او من المستأجر من الباطن او المشاؤل اليه . كذلك فان هذه التعريفات ستزيد من اطمينات لصالح المؤجر لان مستأجر من الباطن او المشاؤل اليه سيصبحان مقررين لبل المؤجر لجانب المستأجر الاصلي . ولكن هذه القاعدة لا تطبق طبعا اذا كانت شخصية للمستأجر محل اعتبار . كما هو الحال في عقود المزارعة حيث لا يجوز للمزارع وفقا للمادة (٨٦٠) من القانون المدني العراقي ان يؤجر الأرض الى غيره أو يشاؤل عن الايجار الا برضا صاحب الأرض .

ولكن هذه القاعدة اذا كانت تتفهم طبيعة عقد الايجار باعتباره من العقود المالية في الاصل الا انها ليست مطلقة لانها قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين وليست لمرء لذلك يجوز الاتفاق على خلافها من خلال اتفاق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز الايجار من الباطن او المشاؤل عن الايجار الا بعد الحصول على موافقة المؤجر . وهذا ما اصطلح على تسميته بالشروط المانع (٢) .

الشروط المانع من الايجار من الباطن او المشاؤل عن الايجار ثم

مثلا يأتي الشرط المانع خلافا للاصل العام الذي يميز الايجار من الباطن او المشاؤل عن الايجار . فلابد ان يكون مطلقا في دلالته . علما بأنه لا يكون صريحا وقد يكون فصليا يستكشف من طبيعة العقد او من ظروف التعاقد خصوصا اذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار . وقد يكون الشرط المانع هذا مطلقا لا يميز

(١) وقد سارت في هذا الاتجاه اغلب القوانين الاذى كالقانون المصري (م٥٩٣) والسوري (م٥٦٠) والليبي (م٥٦٢) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (م٥٨٤) . كما جعلت القوانين اللبنانية المشاؤل عن الايجار من الباطن جائزا قاكم يوجد شرط مانع . اما التفنين المدني الألماني فينقضي في المادة (٥٤٩) بأنه لا يجوز للمستأجر الاصلي ان يشاؤل عن الايجار او يؤجر من الباطن الا باذن المؤجر . ذ . السنهوري - ص ٦٦٧ .

(٢) ذ . شنب - ص ٢٤٤ . ذ . تنافور - ص ٢٦٩ . ذ . الصراف - ص ٤٠٥ .

الايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار في كتل الأجود ولكل الناس . بينما قد ينصب هذا المنع على جزء من الأجود . كما ان التكييف قد ينصرف إلى مستاجر معين أو جهة معينة دون غيرها . وسواء كان الشرط مانعاً من اجار شخصاً فلا يجوز التوسع في تفسيره بحيث يجوز للمستاجر ان يدخل معه شركاء . في استغلال العين للأجرة ما دام غير مستاجر من الباطن . وله ان يمكن منه حديثاً دون ان يكون مستاجراً . واختلاف الفقه بالعسبة للامانة . فذهب البعض إلى جواز الادارة لأنها ليست ايجاراً من الباطن ولا تنافي عن الايجار . فليس ان لا يستغرق مدة الاعلوة مدة الايجار الأصلي . وعلى ان لا يؤول المستجير حسن استعمال العين للتير وقو على سبيل البيع (١) . وذهب رأي آخر إلى ان المنع من التأجير يقتضي منع المستاجر من اعادة العدة للتأجير ما يقتضي عليه من اعادة العدة نفس ما يترتب على التأجير من الباطن (٢) .

ولا يجوز للتأجير ان يمتنع عن المرافقة على التأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار قالا لسبب مشروع (م ٧٧٥/ق ٢) عدم مراعاة . وبالعكس ذلك يعتبر متصرفاً في استعمال هذه الحق . فافاد تمار على المستاجر الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه . وانظر إلى ايجارها من الباطن . فلا يجوز للتأجير ان يمتنع بالشرط المانع اذا لم تكن له اية مصلحة في تنفيذه كان يكون المستاجر الجديد في حالة يسار وبعاد من التناحية الاولى مركز المتأجير السابق (٣) . وفي حالة تمتع المؤجر فللقاضي ان يرخص المستاجر في الايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار .

وبسبب عدم توافقه أكثر الناس للفروق بين الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار . اعتبر المشرع ان منحه المستاجر من ان يؤثر للتير يقتضي عليه من التنازل عن الايجار . والعكس صحيح . وإلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة

(١) - د. الشهودي - ص ٦٦٩

(٢) - د. خبيب - ص ٢٥٦ .

(٣) وفي فرنسا يؤخذ بهذا المبدأ اذا لم يكن الشرط المانع مطلقاً . أما اذا جسد الشرط المانع مطلقاً فالرأي الراجح الزيم المستاجر به حتى لو لم يكن للتأجير صالح في تنفيذه . وحتى لو أدى تنفيذه إلى تضرر انتفاع المستاجر بالأجود . والسبب في ذلك يعود لنص المادة (١٧١٧) مدني فرنسي التي طالبت بتفصيل الشرط المانع بقلة . د. السنهوري - ص ٦٧٦ .

٢٠١٥
١٠/١٠/٢٠١٥

(٧٦٦) من القانون المدني العراقي (١) .

وجزاء مخالفة المستأجر للشرط المانع يمكن الرجوع فيه للقواعد العامة ، حيث يجوز للمؤجر المطالبة بالتنفيذ العملي للعقد باعتباره لا يبيح من الباطن أو التنازل عن الإيجار غير ثالث في حقه ، واخراج المستأجر من الباطن أو التنازل إليه عن اقتضار باعتباره شاعراً للعقد دون سند ، وللمدين المخلفين حق الرجوع على المؤجر في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها إذا لم يكن لى منهما مانع بالشرط المانع عند إبرام العقد .

والمؤجر أيضاً يدل للمطالبة بالتنفيذ العملي أن يطلب نسخ العقد لعدم تنفيذ المستأجر لالتزاماته المقررة في العقد ، فإذا حكم بالقسح وجب إخلاء العين المؤجرة من المستأجر الأصلي ، وعن المستأجر الباطن أو التنازل إليه .

والمؤجر بالإضافة إلى ما تقدم من المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب تلف العين جراء لا يبيح من الباطن أو التنازل عن الإيجار هو يقاتلها خالية معه للحكم بالقسح وإخراج المستأجر من الباطن وعلى تنفيذ منسحب العقد الأصلي (٢) .

بيع المصنع أو المنتج

نصت المادة (٧٦٦/٢) من القانون المدني العراقي على ما يلي :

«إذا كان المأجور عقاراً ، ففيه مصنع أو منتج أو مادة المستأجر أن يبيع الشيء المنقلاً جاز للمعركة بالرغم من وجود الفيد المانع أن تحكم بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المبيع من ذلك ضرر مطلق » .

ويعني هذا النص تعطيل حكم الشرط المانع في حالة انقضاء مصنع أو منتج في المأجور حتى ولو لم يتنازل المؤجر عن الشرط المانع من ناحية كونه ضماناً ، عليه بأن المصنع أو المنتج قد يقوم بألفائه مالك العقار أو غيره .

(١) انظر في ذلك : د. عبد الفتاح عبد الباقي - ق. ٢٦٦ .

(٢) د. كسب ، ص ٢١٥ ، د. تناظر - ص ٢٧٦ .

والحكمة من وراء هذا النص هو تسهيل بين المصانع والمخابر ، حيث قصد
لا يرضى المشتري ان يقدم على الشراء دون حوله محل المستاجر الاصلي .
خصوصا اذا كان المكان قريبا وملائما ، بالإضافة الى ان هذا الاجراء معروف لا يخلط
ذباتي وعلاء المصنع او للمحل ، لتجارى .

ويشمل هذا النص جميع انواع المخابر والمصانع ، سواء كان المصنع كيمسوا
فيه آلات ضخمة وعدد كبير من العمال او صغيرا ، يباشر فيه المستاجر بنفسه
صناعة يدوية ، سواء كان المتجر كبيرا ام حائوتا صغيرا (١) .

وتشترط المادة (٧٦١) مدني عراقي الاتفة تقديم ضمان كاف ، ولا يشترط ان
يكون الضمان المقدم من المشتري من التأمينات المحلية ، بل يصح ان يكون
تأمتا شخصيا ، وعلى ذلك يجوز ان يقدم المشتري للتاجر شيئا يورثه وعدا
لأمنيا او حيازيا بشر ان يقدم له كفلا يحميه بالوفاء بالتزامه اذا لم يوف
به ، برتقير كفاية الضمان أمر يقطع لسلطة القاضي التقديرية (٢) . كذلك
تشرط المادة (٧٦١) مدني عراقي ان لا يلحق المؤجر جرة هذا فالتصرف ضرور
عقل ، كان يكون المشتري سبه السعة لا تتوافر فيه الاعتبارات التي راعها
المؤجر في الاختيار ، ان ان يؤمن خطا طبيقا ان ضمانا المؤجر لي ، منته سواء
كانت هذه الضمان مشروعة او غير مشروعة . ويكلف المؤجر هذا باثبات وقبول
المؤجر اذ لا يملك تغيير نظامه (٣) .

وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لم يشترط ان يكون هناك ضرورة
نقطع البائع الى بيع للتاجر او المصنع ، كان المادة (٥٦٤) مدني مصري ، وضمت مثل
هذا الشرط الذي يرد في تقديره الى فاضي الموضوع ، ومن الامثلة التي يوردها
الفقه المصري بهذا الصدد عجز المتاجر عن العمل او تنافسه فيخطر الى بيع
التاجر ، او موت المتاجر وعجز الورثة عن ادارة التاجر فيضطرون الى بيعه ، او
كساد للتجارة ، او افلاس المتاجر فيبيع التاجر جبرا ، او عرضه الذي يقعه
عن مباشرة عمله وهكذا (٤) .

(١) د - قناخس - ص ٢٧٩ .

(٢) د - تنجب ص ٢٥٥ .

(٣) انظر في ذلك : د - المسعودي - ص ٦٨١ ، د - تنجب - ص ٢٥٥ .

(٤) د - المسعودي - ص ٦٧٩ ، د - قناخس - ص ٢٧٩ ، د - تنجب - ص ٢٥٥ .

هذا وقد عالجته المادة (٦٢) من قانون أيجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩
هذا الموضوع بالفرق :

١) إذا كان المقاسم مقاراً انشئ فيه مصنع وباع المنتج المصنع حل المشتري
محل المنتج في عقد الإيجار طبقاً لأحكام هذا القانون)) -

ويبدو من النص أن المشرع تألج المقار الذي انشئ فيه مصنع فقط ، ولم
يذكر في المقار الذي أنشئ فيه متجر كما هو الحال في المادة (٧٦٩) مدني
عراقي السابقة - ولم يأت ذلك اعتباطاً ، لأن المشرع حاول بهذا النص حماية
الصناعة وتشجيعها لإنشاء المصانع (١) ، ولم يجه المشرع - كما يبدو - ضرورة
توفير مثل هذه الحماية بالنسبة للمحلات التجارية ، ولكننا - نعتقد - بأن
نص المادة (٧٦٩) مدني عراقي يعتبر أكثر اتقاناً وصلاحيته من نص المادة (٦٢)
للمشار إليها ، لأنها توفر لنا ما لا توفره المادة (٦٢) ، خصوصاً وأن النشاط
التجاري وازدهاره يعد من الأمور الضرورية جداً والتي نفضل ألا نغيب عن
بال المشرع ، لأن هذا النشاط لا يقل أهمية عن النشاط الصناعي ، بل أن
النشاط الصناعي والنشاط التجاري صنوان لا ينفترقان ، وما وجهان لعملة
واحدة يمكن أن نسميها بالنشاط الاقتصادي الذي لا بد من حمايته وتوليد عناصر
ديمومته .

وطبقاً للمادة (٦٢) المتقدمة يحل المشتري محل المنتج للمقار من حيث
التسكين من الانتفاع وتحديد الإجرة وأسباب التخليه وغير ذلك من أحكام ، فلا
يكون للزجر الحق في إقامة دعوى منع التعاوضة على المشتري وطلب قلع المصنع ،
لأن القانون لم يعتبر ذلك تنازلاً عن الإيجار ولا إيجاراً من الباطن (٢) .

ومن الملاحظ على نص المادة (٦٢) أنها لم تعد لنا نوع المصنع أو حجمه ، فقد
يكون المصنع واسماً يستخدم عمداً كبيراً من العمال أو صغيراً لا يستخدم سوى
عدد محدود من العمال - ويصح أن ينتج هذا المصنع الملابس على اختلاف أنواعها
أو الأدوات البلاستيكية أو الأثاث - قطع الغيار الأخرى .

(١) الفكرة الإيضاحية لقانون أيجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

(٢) الفكرة الإيضاحية لقانون أيجار المقار ، رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ .

الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار لغيره

قانون الإيجار القديم

إذا كان الأصل في القانون المدني كما لاحظنا جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار (لا إذا وجد شرط مانع يسوق دون ذلك) فإن الأمر على عكس ذلك في قوانين الإيجار الخاصة حيث طلب قانون تنظيم إيجار العقار المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٦٢ (النفى) شطرا لوضع وتجهل من القاعدة المنصوص عليها في المادة (٧٢٥) مدني مرافق استثناء ومن الاستثناء قاعدة * ويشرح ذلك من نص تنشره (ب) من المادة الخامسة من هذا القانون التي لم تجز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار بدون موافقة المحرر التشريعية وتأييد الجهة المختصة بتنفيذ قانون ضريبة الدخل والتي تقع النسخ في مطلقها * ويمكن ذلك يستطيع المحرر طلب تغليط للمحرر (١) *

ولا أن قانون إيجار العقار رقم (٨٦) لسنة ١٩٦٦ وفي الفقرة الأولى من المادة (١١) حظر مطلقا الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار حتى ولو تم ذلك بالاتفاق المحرر والمستاجر بحيث اعتبر ذلك من انتظام العام وفي ذلك تقابل المادة ١١/١/٢ *

(٢) يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً ويقع باطلاً ككل اتفاق يتضمن بخلاف ذلك

وبهذا النص وضع القانون حداً لاستقلال المستأجرين حاجة الاستغناء الذين يستأجرون من الباطن وخاصة طالبي استئجار الغرف الخاصة للسكنى ورافعاً كذلك حداً لاثرة المستأجر الأول على حساب المحرر بدون حق (٢) والثالث

(١) أنظر المادة السادسة من قانون تنظيم إيجار العقار رقم (١٧) لسنة ١٩٦٢ * وتحدد التشريعات الاستثنائية للسكان في مصر نفس هذا النهج ، حيث يمنع التنازل أو الإيجار من الباطن إلا بإذن كتابي صريح من المالك - المؤجر من التنازل وتلجج - عدد * برهام محمد عبد الله - (الوسيط في قانون إيجار الأماكن - مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية - بلا سنة طبع - ص ٢٢٤ وما بعدها *

(٢) المذكورة الايضاحية لقانون إيجار العقار *

ان يكون بدل الإيجار من الباطن كبير - ضرورة - يبدل الإيجار المتفق عليه بيسكن
 التاجر والمستاجر الأصلي - كذلك من قوانين الإيجار الخاصة قد جاءت أساساً
 لحماية المستأجرين وتوفير الامتداد لهم في الحصول على سكن بالجرة مناسبة
 ودون ان يتعرضوا لطلب التخليص بين فترة وأخرى ولم يجد في هذا التسرع ان
 تستغل هذه الحماية لجني أرباح عظيمة على حساب مالك العقار .

ثم عالجته الفقرة الثانية من المادة (١١) بقوله الأيجار للجرة قبل العمل بهذا
 القانون في ١٩٧٩/٧/١ بالقول :

« اذا كان الإيجار من الباطن ، والتنازل عنه لم يتم قبل العمل بهذا القانون سواه
 كان بموافقة مالك التجريرة أو بدونها حل المالك محل المستأجر الأصلي
 في العقد الذي أبرمه هذا المستأجر مع الباطن أو التنازل اليه » .
 وهذا يعني ان كفاية العقود التي أبرمت قبل ١٩٧٩/٧/١ سواه كانت بموافقة
 التاجر التجريرة أو بدون موافقة سيبدل فيها المالك محل المستأجر الأصلي
 وبذلك تصبح العلاقة بين المالك وبين المستأجر من الباطن علاقة مباشرة تؤدي
 الى خروج المستأجر الأصلي من عقد هذا العقد .

لا ان المستأجر الأصلي قد يزجر من الباطن جزءا من العقار ويضلل بملصقه
 الجزء الآخر منه ، وعاد إيجار القانون في سنة ١٩٧٩ فوجئ البقاء في هذا الجزء به
 مستأجر بأجرة تقدير وفق أحكام قانون إيجار التاجر رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ (١) .
 وعلى هذا الأساس تكون العلاقة بين التاجر والمستأجر الأصلي معكوفة بطبق
 الإيجار المبرم بينهما قبل نفاذ هذا القانون ، أما من حيث الأجرة التي تمسك
 وفقا لتسليم التي رسمتها نقابة الترابعة من قانون إيجار التاجر ، والتي يجب ان
 لا تزيد على ٥٪ أو ٧٪ أو ٨٪ ان قيمة كلفة العقار وحسب نوعه وطبيعته
 استعمال .

وعلى ما خالف المستأجر أحكام المادة (١١) من قانون إيجار التاجر ، فانه
 سيخضع لفرض عقوبة جزائية نصت اليها المادة ٢٣/٢٤ من القانون وحسب
 الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن

(١) م ٣٦/١٩ من قانون إيجار التاجر

شمسالة ديتار ولا تزيد على الف دينار او بأحدى هاتين التقويتين - لقسا
الاخر الاخرى الذي يترتب على قيام المؤجر بهذا التصرف . فمتجلى في اعطيه
المؤجر حق طلب تخلية المأجور وفقا للفقرة (ب) من المادة السابعة عشرة من
القانون .

هنا وقد اعتبر القضاء العراقي بان ادخال المستاجر ، خاصة في العمل لشمس
الفرن المتج للشمس من مسج المراكب في ، لادراج ، لا يعتبر اجارة من
الباطن لان فيه يعتبر اجيرا ، ولم يتنازل المؤجر عن حقه في اجارة الفرن (١) الا
ان قيام المستاجر باشتراك اخر في اشغال المأجور يعتبر تنزلا عن جزء من
المأجور (٢) ، كما قضى بان سكان المتاجرة ولحقا المتزوج المقيم لها وابنته
الارملة منذ بداية البعد باعتبارهم عائلة واحدة لا يكون مطالبة قانونية للمصر
المادة (١) من قانون ايجار العقار (٣) - غير ان امتياز العرصة لا تدخلها اربا
للمستأجرات واسفلات ابنة عليها من المستاجر يعني يواز ايجار المستاجر
الدكاكين الخمسة على العرصة الى الغير لتضر اشغالها جميعا بنفسه ولا يعتبر
ذلك ايجارا من الباطن ، لان المستاجر قد وضع في حسابه حتما انه سيجبر
الدكاكين الى الغير لتضر اشغاله جميع الدكاكين واستغلالها من قبله (٤) .

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٢٢٠) / هيئة عامة ادلى (٧٦) في ١١/٢٠
مجلة القضاء العراقية الصادرة عن نقابة المحامين - العدد (٢) - السنة (٢٢)
- ١٩٧٧ - ص ٢٩١ .

(٢) قرار محكمة استئناف نينوى الرقم (١٩٦) / ت . ب / (٩٨٠) في ١٧/٢/١٩٨٠ -
مجلة الوقائع المدنية - العدد (٢٧) ، تشرين الاول ١٩٨٠ - السنة (٢) - ص
١٧٧ .

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد الرقم (٩٣٩) / حقوقي (١٩٧٩) في ٢٧/٥/١٩٧٩
(٤) قرار محكمة استئناف الحكم الذاتي رقم (١٩) / تمييزية / (١٩٨٠) فسي
١٩٨٠ / ٢ / ٢٨ - الوقائع المدنية - العدد (١٦) ايار ١٩٨٠ - السنة (٢) -
ص ٢٦٥ .

النار الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار

١- النار الإيجار من الباطن :

يتميز علمنا ونحن نبحث هذا الموضوع ان تدرس العلاقات التالية :-

١ - علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن .

يحكم العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن العقد الجديد المبرم بينهما (م ٧٧٦ مدني عراقي) الذي قد يتفق مع العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي من حيث - لشروط وقد يختلف عنه في ذلك ، اذا قد يكون الفرض مسبق العقد الثاني يختلف عن الفرض المنبثق له العقد الاول ، وهنا يحق للمؤجر الأصلي ان يفترض على ذلك باعتباره اخلافا من المستأجر الأصلي بالتزامه بعدم استئصال العين المؤجرة في غير الفرض المقصود من الإيجار (١) ، وقد يختلف العقد الثاني بالنسبة لبدل الإيجار او المدة ، حيث يكون بدل الإيجار الثاني أكثر (وهذا هو الطالب) او قد يكون أقل من البدل في عقد الإيجار المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي (وهذا هو النادر) - كما قد تكون مدة العقد الثاني متصورة أو ما تبلى من مدة العقد الاول ، اما اذا كانت مدة العقد الثاني أكثر من مدة العقد الاول بين المؤجر والمستأجر الأصلي فان ما تبلى من المدة يبقى موقوفا على اجازة المؤجر الأصلي ، وتمتص الاجازة عن المدة الزائدة التي اقرها المؤجر اجازة مستقلة عن الاجازة من الباطن (تمتص مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن فيكون المستأجر من الباطن مستأجرا أصليا (٢) .

والتزامات المستأجر ، لأصلي قبل المستأجر من الباطن هي التزامات المؤجر التي سبق لنا ان درسناها مع احتمال تعديلها بشروط اخرى ينطق عليها المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن بما لا يتناقض مع شروط العقد الأصلي . كذلك فان التزامات المستأجر من الباطن قبل المستأجر الأصلي هي التزامات المستأجر الأصلي قبل المؤجر التي لاحظناها فيما تقدم .

(١) د شبيب - ص ٢٦٠ .

(٢) انظر في ذلك : د سليمان محمود - ص ٢٥٤ ، ص ٢٦٠ هامش (١) د . د عبد

الفتاح عبد الباقي - فق ٢٦٧ ص ٤٣٤ هامش (٢)

ومع أن عقد الإيجار من الباطن مستقل عن عقد الإيجار الأصلي ، فإن انقضاء عقد الإيجار الأصلي لا يوجب انقضاءه لأحد المستأجر ، الأصلي بالتزاماته أو انقضاءه بانتقال ملكية العين المؤجرة إلى مشتري لا يسرى إلى حقه الإيجار الأصلي أو غير ذلك من الأسباب ، تؤدي حتماً إلى انقضاء الإيجار من الباطن ، لأن المستأجر الأصلي يوجب حقه للمستأجر من الباطن ، فإذا انقضى حق المستأجر الأصلي فإن ذلك يكون بمثابة حلالة العمل بها وترتب عليه انقضاء العقد ، هنا العكس (١) انقضاء الإيجار من الباطن لا يوجب (٢) قبل انقضاء عقد الإيجار الأصلي فإنه لا يؤدي إلى انقضاء عقد الإيجار الأصلي (٣) .

٢ - علاقة المستأجر الأصلي بالمؤجر

يتمتع علاقة المؤجر بالمستأجر الأصلي عقد الإيجار المبرم بينهما ، حيث تبين كافة التزامات المؤجر والتزامات المستأجر التي ذكرناها سابقاً قالة ، بالاعتماد على أن تزايد مسؤولية المستأجر الأصلي ، إذ يصبح مسؤولاً لا عن حاله حسب حل أيضاً بين (عالم المستأجر من الباطن) ، فإذا تخطت العين بضاهه هو : يخطأ المستأجر من الباطن ، كتطبيقات مسؤوليته نحو المؤجر - (٣) وقد اشارت إلى ذلك فعلاً المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها :

٦٦ - في حالة إيجار المستأجر المأجور ، تبين العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأول خاصة لأحكام عقد الإيجار الأول ، ... فيكون المستأجر الأول ملزماً بالاجرة للمؤجر ، وليس له أن يتخطى من المستأجر الثاني - إلا إذا أحاله المستأجر الأول عليه أو كله بقضائها - .

وقد قرر المشرع أن عمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر حلاً إذا قرر الأخير الإيجار من الباطن حواجة أو ضمناً ، ويحصل هذا الاتفاق من خلال التمسك بالصريح بالإيجار ، الثاني دون أي تحفظ ، أو باستيفاء المؤجر للاجرة مباشرة

- (١) كانت تكون مدة الإيجار من الباطن من مدة العقد الأصلي
(٢) د . الشهوري - فق ٤٢٠ - ص ٧٠٤ - د . تباغر - ص ٢٥٠ -
(٣) د . الشهوري - ص ٧٢٤ - د . سليمان مرقس - فق ٢٥٥ ص ٤٦٤ - د . هيد
"فتاح عهد اليالي - فق ٢٧٩ .

من المستأجر الثاني دون إبقاء أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول (١) ولا شك بأن هذا القبول يأتي لاحقاً للحصول الأجير من الباطن ، ولا يتم إلا بعد أن يتعرف المؤجر على شخصية المستأجر وفاعله بقبوله مديناً يصلح للحلول بدل المستأجر الأصلي . لأنه قادر على الوفاء بكافة الالتزامات المترتبة ذمة المستأجر الأصلي إن لم يكن شيئاً أفضل منه (٢) . ولكن يראה المستأجر الأصلي تكون في حدود ماله من حقوق قبل المستأجر من الباطن ، فإذا كانت الإجرة من الباطن أقل من الإجرة الأصلية ، فإن المؤجر يرجع على المستأجر الأصلي بالفرق بين الأجرين . أما إذا كانت الإجرة من الباطن تزيد على الإجرة الأصلية ، فإن الزيادة تكون للمستأجر الأصلي . أما إذا كانت الإجرة متساوية فإن استيفاءها من المستأجر من الباطن مباشرة يعني براءة ذمة المستأجر الأصلي : بهذا (٣)

٣ - علانية المؤجر الأصلي بالمستأجر من الباطن

لا يربط المؤجر بالمستأجر من الباطن علانية مباشرة ، طالما أدركنا بأن عقد الأجير الأول مستقل عن عقد الأجير الثاني ، ولذلك ليس للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بالإجرة مباشرة (٤) . وعلى هذا ، لا يمكن ليس للمؤجر ألا الرجوع على المستأجر من الباطن وفقاً للتראה العامة ومن خلال الدعوى غير قضائية بشرط تحقق شروط (المعوى) (٥) . ولكن رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن عن هذا الطريق سيخضع لتساوي وسطيات الدعوى غير المباشرة ، لأن المستأجر من الباطن يستطيع أن يدفع فيها بكافة الأنواع التي يجوز له التصديق بها في مواجهة دائته المستأجر الأصلي ، كما أنه إذا طوّلها بالوفاء بالإجرة من قبل كل من المؤجر والمستأجر الأصلي تعين عليه أن يفي بها إلى حد ، الأخير دون المؤجر . نظر ، لقيام العلاقة المباشرة بينهما ، كما أن الرجوع

(١) المادة ٧٧٨ مدني عراقي .

(٢) راجع : - د - العامري - ص ٢٩٨ ، د - السنهوري - ص ٧٢٣ .

(٣) قناتو - ص ٢٨٤ .

(٤) إلا إذا أحالة المستأجر الأول أو وكله بقضائها (م ٧٧٦ مدني عراقي) .

(٥) م (٢٦٦) مدني عراقي .

بهذه الدعوى من شأنه أن يؤدي إلى أن يزاحم المؤجر في نتائجها سائر دلائلي
المستأجر الأصلي وينقض مهم لقصة ما يتحقق عنها قسمة غراما .

وتلحقنا نكّل هذه السليبيات وحماية للمؤجر الذي يعتبر الأصل في كل هذه
العلاقات التعاقدية ، اعطى المشرع وينص القانون الحق للمؤجر في الرجوع مباشرة
على المستأجر الثاني بدین الاجرة ، وإلى ذلك إشارة المادة (٧٧٦) من القانون
المدين العراقي بقولها :

٢١ - ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون
ثابتا في محته للمستأجر الاول وقت ان ينفذ المؤجر ولا يجوز له أن ينسك
قبل المؤجر بما يكون قد عبثه من الاجرة للمستأجر الاول ، ما لم يكن تعجيل
الاجرة متمشيا مع العرف ومردنا بسند ثابت التاريخ) .

ويبدو من هذا النص ضرورة توجيه التباد للمستأجر من الباطن بعدم دفع
الاجرة المستحقة عليه للمستأجر الاول . وهذا يعني أن المستأجر الثاني يستطيع
أن يدعي انه سدد للمستأجر الاول ما استحق عليه من الاجرة قبل الانذار ،
غير انه يشترط لكي يسري اللزوم في مواجهة المؤجر ان يكون متمشيا مع
العرف ومستندا الى سند ثابت التاريخ (١) .

يضاف الى ما تقدم اعطاء المشرع للمؤجر حق الامتياز على الخفولات والمحصلات
المملوكة للمستأجر من الباطن اذا كان المؤجر له امتنوط صراحة على المستأجر
الاصلي عدم الايجار من الباطن . اما اذا لم يشترط المؤجر الاصلي ذلك فعلا
ينبت له حق الامتياز الا على المبالغ التي مستحقة للمستأجر الاصلي في حصة
المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينادى به المؤجر المستأجر من الباطن بمسح
وضع هذه المبالغ للمستأجر الاصلي (المادة ١٢٧٤ / فقرة مدني عراقية) .

(١) وقد اشارت المادة (٢٦) من قانون الاتبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
الى الحالات التي يكون فيها تاريخ السند ثابتا . ويلاحظ هنا ان النص لم
يصر الى شكل الانذار الذي يوجهه المؤجر للمستأجر من الباطن - ولذلك
يفترض البعض ان يكون - لانذار بواسطة الكاتب العدل - د - تناغو - ص
٢٨٩ .

٢ - آثار التنازل عن الإيجار -

أ - العلاقة بين المستأجر والتنازل له عن الإيجار

يعلم العلاقة بين المستأجر (التنازل) والتنازل إليه أحكام حوالة الحسن وسرقة الدين على حد سواء - وتمتثل حوالة الحق بما للمستأجر من حقوق في مراعاة المؤجر ، كما تمتثل حوالة الدين بما يلحق على عاتق المستأجر - من التزامات للمؤجر (١) وقد ينصب التنازل على كل المأجور أو على جزء منه ، كما قد ينصرف للمدة المتبقية من عقد الإيجار أو إلى مدة أقل منها ، ولا يجوز أن يكون التنازل لمدة أطول من المدة الأصلية وبالعكس ذلك لا يكون التنازل نافذاً في حق المؤجر فيما زاد على مدة الإيجار الأصلية .

ويصح أن يكون التنازل عن الإيجار بمقابل أو بغير مقابل وإذا كان بمقابل فهو بيع ويكون المقابل هو نسأ البيع وهو غير الاجرة التي يلتزم التنازل له بدفعها للمؤجر . فالاجرة التي يدفعها التنازل له للمؤجر هي نفس الاجرة التي كان المستأجر ملتزماً بدفعها وهي مضمونة كما نعلم بامتياز المؤجر وهي فهي العادة يدفع على شكل أقساط يتفق عليها . أما الثمن الذي يدفعه التنازل له للمستأجر فمبلغ يتفق عليه فيما بينهما ، ويجوز أن يكون أقل من الاجرة أو أكثر منها . ومادام أنها ، وهو في الغالب يدفع جملة لا أقساط ، وهو مضمون بامتياز البائع لا بامتياز المؤجر . ومن هنا فإن التنازل له يلتزم بأمرين :

أولهما ثمن التنازل الذي يدفعه للمستأجر الأصلي (التنازل) جملة واحدة على الأغلب وثانيهما الاجرة التي يدفعها للمؤجر على شكل اقساط (٢) وعلى هذا الأساس للعلاقة كئي تقوم بين المستأجر والتنازل له هي علاقة حوالة - وتثبت علاقة إيجار ، فلا يستبر المستأجر مؤجراً للتنازل له ، ولا يلتزم بسوء بالتزامات المؤجر ولا تكون له حقوق المؤجر قبله (٣) .

(١) والى ذلك أشارت المادة ١٧٧٧ مدني ، عرقي بقولها (في حالة التنازل عن الإيجار يدخل التنازل الي محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ومع ذلك يبقى المستأجر مسؤولاً للتنازل إليه في تعقبه التزاماته) (٢)

(٢) د. تاشو - ص ٢٧٨ ، د. المستوردي - ص ٦٩٧ .

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي - فق ٢٧٣ - ٤٢٧ .

ب - علاقة المستأجر بالتنازل بالمؤجر :-

ستختفي هنا العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي (التنازل) وتحل محلها علاقة مباشرة بين المؤجر والتنازل اليه . ولكن المستأجر (التنازل) يبقى ويحكم القانون ضماناً لوفاء التنازل اليه بالتزاماته (١) ، ونعتقد سيكون للتأجير مديناً هو التنازل اليه وضامناً هو المستأجر التنازل .

وهناك اراء مختلفة في هذا الشأن يذهب بعضها الى اختيار المستأجر (التنازل) مديناً وعندما يصبح للمؤجر مدينان ، بينما يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار المستأجر (التنازل) كفيلاً للتنازل اليه (٢) ونهياً ذمة المستأجر الأصلي من هذا الشأن عند صدور قبول سريع بالتنازل عن الايجار ، وقد يكون هذا القول ضعيفاً ، كما لو استمرى المؤجر الاجرة مباشرة من التنازل لسه دون ان يبدى اي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي (٣) وان يطالب المؤجر بتنفيذ اي التزام اخر غير الاجرة ، كعمل الترميمات التأجيرية او دفع ترميمات من ثمن أصلي العين او غير ذلك دون ان يحتفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي . ولأنك بأن القول المقصود هنا هو القول اللاحق على التنازل عين اختيار (٤) .

ج - العلاقة بين المؤجر والتنازل اليه :-

ستنشأ هنا علاقة مباشرة بين المؤجر والتنازل له ، حيث سيحل التنازل لسه محل المستأجر الأصلي في نفس المقد بشرطه ووضايفه ، يستطيع المؤجر مطالبة التنازل له بالوفاء بكافة الالتزامات التي رسمها العقد - ولا شك بأن السبب في ذلك كما نسلطنا هو احكام حوالة الحق وحوالة الدين التي تنظم العلاقة بين المؤجر والتنازل لسه .

(١) المادة (٧٧٧) مدني عراقي .

(٢) للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك :-

د - سليمان مرعش - فوق ٢٥٥ ص ٤٦٤ ، د - السهوري - الوسيط ص ٦٦ -

ص ٧١٨ د - عبد الفتاح عبد الباقي - فوق ٢٧٤ ص ٤٢٩ .

(٣) المادة ٧٧٨ مدني عراقي .

(٤) د - تناظر - ص ٢٨٣ ، د - العلوي - ص ٣٠٩ .

الفصل الرابع

انتهاء عقد الإيجار

إن الطريق الطبيعي لانتهاء عقد الإيجار هو بانقضاء مدته المتفق عليها بين المتعاقدين ، وهذا ما ستدرسه في المبحث الأول من هذا الفصل . إلا أن الإيجار قد ينتهي قبل انقضاء مدته بسبب وضع أحد المتعاقدين كما هو الحال نفسه وفاة المستأجر أو إعساره أو في الحالات التي تحدث فيها ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار مرهقا بالنسبة للزجر أو المستأجر على حد سواء ، أو تغيير محل إقامة المستأجر إذا كان موظفا . أن هذه التفاصيل سيكون محلها البحث الثاني من هذا الفصل . أما المبحث الثالث فسيكون لدراسة انتهاء الإيجار بسبب حالة المقادير ونحوها ما يترتب على انتقال ملكية المأجور من المالك في القانون المدني وقانون إيجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٦ . ونحن المبحث الرابع من هذا الفصل ستكون لنا مناقشة مستفيضة لأسباب التخلي في قانون إيجار المقار ، حيث وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر . ولا يجوز طلب سبب تخلي المقادير الخاضع لاحتكامها إلا ما ذكر اسمه هذه الأسباب .

انتهاء الإيجار بانقضاء مدته

ينتهي عقد الإيجار بانتهاء المدّة المتفق عليها دون الحاجة أن تنبيه (١) ، على الرغم من فائدة هذا التنبيه من الناحية المصلية ، لأنه يعبر عن إرادة المؤجر في عدم الرغبة في تجديد عقد الإيجار ، وعلى هذا الأساس لابد أن يحل المستأجر للمأجور عند حلول الأجل المتفق عليه ، ويمكن ذلك بمشور فاصبا ، ويستطيع المؤجر مطالبة باجر للمثل بالإضافة إلى كافة التوسطات الأخرى .

ولكن المستأجر قد يشترط على المؤجر ضرورة تنبيهه قبل مدة معينة لكس يتخير لهم في استئجار عقار آخر ، ويمكن ذلك فإن العقد سمحته إلى مدة أخرى محددة أو غير محددة . وإذا كانت المدة غير محددة تسري عليها أحكام المادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي (٢) .

(١) . (٢) م (٧٧٩) مدني عراقي .

والتنبيه بالاخلاء عمل أرادي من جانب واحد ، وهو لذلك ينتج السرر دون اشتراط موافقة الطرف الآخر عليه ، كذلك لا يشترط فيه شكلا معيناً فيصح هو رسالة مسجلة أو غير مسجلة ، كما يصح توجيهه بواسطة الكاتب العدل ان يكون شفوياً ، ولكن يفضل ان يكون التنبيه بواسطة الكاتب العدل لتسهيل لاثبات حصوله .

ولكن المستاجر قد يئس في المأجور على الرغم من انتهاء عقد الإيجار بعدم المؤجر ورضاء ودون اعتراض منه (١) ، حيث يعتبر الإيجار هنا كمتعدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير محددة ، وتسرئ على الإيجار اذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة (٧٤٦) مدني عراقي . ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجاراً جديداً لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي . ومع ذلك تنتقل الى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كانت للإيجار القديم ، أما الكفالة شخصية كانت أم عينية فلا تنتقل الى الإيجار الجديد الا اذا رضى الكفيل ، بذلك (٢) .

وعلى هذا الأساس نستطيع ان نجعل الفروق بين الامتداد الاتفاقي و اعتداد الإيجار وبين التجديد الضمني بالنقاط الموجزة التالية :-

١ - التجديد الضمني يتم باتفاق ضمني لابد من صحته من توافر اهلوية المستاجر والامتياز في كل من طرفي وقت التجديد ، فإذا كان كل منهما أهلاً لذلك وقت إبرام العقد الاول ، لم أصبح اهلتهما ناقص الأهلية وقسمه التجديد ، فلا يتم التجديد الا بمراعاة قواعد الولاية على المال ، أي بموافقة القيم أو الوصي أو الولي في حدود سلطة أي منهم ، أما امتداد الإيجار فلا يشترط فيه أهلية للتعاقد وقت حدوثه ، فإذا كان أهلاً للتعاقد وقت إبرام العقد اولاً ، فلا أثر لنقص أهليته بعد ذلك على امتداد الإيجار .

(١) وقد سبق ذلك تنبيه المؤجر للمستاجر بعدم رغبته في تجديده عقد الإيجار الا في حالة زيادة الاجرة مثلاً وسكوت المستاجر وبطلانه على الرغم من هذا التنبيه والمكس قد يكون صحيحاً حينما يئس المستاجر المؤجر بعدم رغبته في البقاء في المأجور عند انتهاء مدة العقد الا اذا خفض المؤجر بدل الإيجار المتفق عليه وسكت المؤجر مما يدل على رضاه على هذا التعديل .

(٢) المادة (٧٤٠) من القانون المدني العراقي .

٢ - في التجديد الضممي إذا كان عقد الإيجار السابق قابلاً بسند رسمي يجوز لتعبد بمقتضاه ، فإن الإيجار الجديد لا يفتقر كذلك ، ولا يرد من الحصول على حكم للتعبد بمقتضاه . أما في امتداد الإيجار فإنه إذا كان عقد الإيجار السابق الأصلي قابلاً بسند رسمي ، جاز التعبد به بعد الامتداد لأن الإيجار الأصلي والامتداد عقد واحد فالسند الرسمي يمسهما جميعاً .

٣ - لا يفسر الإيجار الجديد في حالة التجديد الضممي لتاريخ تجدد تسميته تاريخ الإيجار القديم بخلاف حالة امتداد الإيجار ، إذ يفتقر الإيجار الممتد لتاريخ مادام الإيجار الأصلي كذلك ، لأن العقد واحد بالنسبة إلى المدين .

٤ - الكفالة شخصية كانت أو هيئية لا تنقل إلى الإيجار الجديد إلا برضا الكفيل . ولكنها تستمر قائمة في حالة امتداد الإيجار .

٥ - إذا تعدد أشتاجرون فإن التجدد لا يتم بالنسبة لهم جميعاً إلا إذا اتجهت أروفتهم جميعاً إلى ذلك . ويترتب على ذلك أن التجدد قد يمرى بالنسبة لبعضهم دون البعض الآخر . وهذا على خلاف الامتداد حيث يشر التجدد بالتسمية للجميع (١) .

وهذا نرى آخر من امتداد يطلق عليه الامتداد القانوني لعقد الإيجار . وينبغي فيه التمييز بين امتداد الإيجار بعد انتهاء مدة العقد وحق الشئير هنا في التمسك في الأجر لا يستمد من العقد وإنما من نص القانون .

وقد أشارت المادة الثالثة من قانون الإيجار المقدم رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ إلى هذا الموضوع بقولها :

(١) يستمد عقد الإيجار أحكام القانون بعد انتهاء مدته ما دام شئير شافعلاً المقار مستمر على دفع الأجرة طبقاً لأحكام هذا القانون) .

وكما نلاحظ لواء المشرع استبدل عبارة ((مستمر على دفع الأجرة)) بعبارة ((مستمر على الوفاء بالتزاماته)) لأن التزامات الشئير لا تقتصر على

(١) = قانون من ٣٠٦ - السجوي - فن ٢٢٦ من ٧٩٧ - د - للمعنى من ٣٠٨ .

دمج الاجرة فقط بين ان دفع الاحرة يعتبر وسعة من التسهيلات عديدة يجسبها
عن انضمام الوفاء بها .

ويعتبر هذا النص من النظام العام ، حيث لا يجوز الاتفاق على خلافه . كذلك
فان هذا النوع من الاعتماد يسرى طبعا على تلك القدرات الخاصة لاحكام
قانون ايجار العقار وهو ملزم للمؤجر دون المستأجر بخلاف الاعتماد الاتقائي
الذي تعدشا عنه الذي يلزم المؤجر والمستأجر على حد سواء . (١) .

المبحث الثاني

الاجرة بسبب وضع احد المتعاقدين

سنبعث هنا باميز شديد الحالات التي تزداد الى انتهاء الايجار بسبب وضع
احد المتعاقدين من ذلك مثلا موت احد المتعاقدين الذي عالجه المادة (٧٨٢)
مدني عراقي :-

« ١ - لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢ - ومع ذلك فاما ملك المستأجر جاز لورثته ان يطالبوا بفسخ العقد اذا اثبتوا
انه بسبب موت مورثهم أصبحت اعياء العقد أثقل من ان تتحملها مواردهم او
لمسبح الايجار مجاوزا لحدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب ان تراعى مراعاة
التسوية بالاختلاف في المادة (٧٨١) وان يكون طلب الفسخ في مدة ستة اشهر
على الاكثر من وقت موت المستأجر » .

ويبدو لنا من نص المادة اعلاه ان الاصل عدم انتهاء الايجار بموت المستأجر
حيث ينقل هذا الحق الى ورثته ، ولكن وفاة المستأجر قد يضع الورثة في مأزق
طوي يصقل في عدم تمكنهم من الوفاء بالتزاماتهم المالية تجاه المؤجر خصوصا
لذا كان المستأجر (المورث) صاحب مورد مادي انتهى بوفاته ، مما دفع للتسريع
الاساح لهم بالمطالبة بفسخ العقد الايجار . وكذلك فان مركز المستأجر الاجتماعي

(١) د . العائري - ص ٣٦١ ، ٣٦٢ .

وهو يطلب وجوده في عاجور بوصفاته معينة وفي منطقة معينة. لذلك فـإذا كان وفاءه سببي منها الأسباب التي تكس رداء استئجار مثل هذا لعقار مما يحسونه لورثته طلب فسخ العقد والعيب في عاجور مناسب يعني باستجابتهم المألوفة أو ربما المودة أو مسكن كان المورث بذلك ولكن بوصفاته وموقع لا يتسجم مع مركزه الاجتماعي أو الوطني .

وحتى ينظم المشرع هذه الحالة من حالات انتهاء الإيجار وضع الشروط التي تحقق مصلحة طرفي العلاقة التعاقدية ، حيث لابد من تقديم طلب الفسخ خلال مدة سنة ، تنهر على الأكثر من وقت موت المستاجر ، حتى لا يبطل الفسخ قلنا بين المؤجر والمستاجر ، كذلك اوجب المشرع على ورثة المستاجر ان ينبهوا المؤجر برغبتهم في أخلاء المؤجر مراعين المواهب المتضمنة فيها في المادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي التي سبقت الإشارة اليها .

وقد يرمم عقد الإيجار بسبب حرفة المستاجر أو لاعتبارات تتعلق بشخصه فإذا مات المأثر جاز لورثته أو للمؤجر ان يطلبوا فسخ العقد (م ٧٨٤ مدني عراقي) ويرى جمهور الفساح ان حق طلب الإلهاء بسبب موت المستاجر غير دون المؤجر بحجة ان الحكمة من تقرير الإلهاء في هذه الحالة لا تتوالى الا بالنسبة بصيب المؤجر اذا اراد الورثة إبقاء العقد (١) .

ولكننا نرى ان المادة واضحة ولا دامي لتعميلها أكثر مما نعتدل فهي تعطي الحق للورثة أو للمؤجر في طلب الفسخ ، أما حالة ما اذا كان أحد الورثة يمارس نفس مهنة المورث (المستاجر) فأنا نعتقد بأن للمؤجر حق في هذه الحالة الحق في طلبه فسخ عقد الإيجار لانه ممارسة نفس الحرفة قد لا يكون كالميا بدون الاعتبارات . لنخصية الأخرى التي أخذها المؤجر بنظر الاعتبار ، فقد يكون المستاجر طبيباً مشهوراً وخصص معين مطلوب في المنطقة التي يقع فيها المأجور أو صيدلياً بارعاً ويمتد به المؤجر الذي كان طبيباً في نفس الممارسة ، فلا يعني كون أحد الورثة طبيباً أو صيدلياً ان كافة الاعتبارات المتوفرة في المستاجر المتولي قد توفرت في أحد أبنائه وان حصل ذلك فهو ربما من باب النادر .

(١) لمزيد من التفاصيل راجع : د. شبيب المصدر السابق ص ٣٩٦ ، د. العامري ص ٣٩٢ ، د. الخصال ص ٤٣٥ .

أما بالنسبة لإبرام عقد الإيجار بسبب الاعتبارات الشخصية الأخرى فيلزم بها طفاك المسافر من حيث الإقامة والاختلاط الحالية والإيجار ١٠ الخ ٠ ولقد يبر ذلك ينشر مسألة موضوعية بفصل فيها القاضي مستهدفاً بفروض العقد وظروفه ٠ ومن أنلاحظ بأن مطلب إنهاء الإيجار في هاتين الحالتين لا يشترط فيه طلب إنهاء خلال سنة ٠ شهر من تاريخ حصول الرقعة (م ٧٨٣ مدني عراقي) بولا اقتراح مواعيد التنبيه المقرر اليه في المادة (٧٤٦) مدني عراقي ٠

والحالة الأخرى: بحسب المستأجر الذي فلتق لا يرغب عليها أن تحل الإيجارة التي لم تستحق بعد ٠ ولكن المصروح من ناحية أخرى حاول حماية المؤجر فأباح له حق مطالبة المستأجر بتأمينات مناسبة تكفل له الوفاء بالإجرة التي لسم تستحق بعد ٠ فإذا لم يقدم المستأجر هذه التأمينات يعود الحق للمؤجر في طلب إنهاء حق الإيجار ٠ والقاضي هو الذي يقرر الوقت المناسب لتقديم التأمينات ومدى كفايتها إذا كانت هذه التأمينات وهنا ٠ كحالة ٠

هذا وقد اجازت الفقرة التالية من المادة (٧٨٥) مدني عراقي للمستأجر الذي لم يرض له الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار (بسبب وجود العرقل المانع الذي أشرنا إليه) بأن يطلب الفسخ على أن يدفع للمؤجر تعويضاً عادلاً ٠ ويوصف التعويض بأنه حاول يسي أنه لا يلزم أن يكون تعويضاً كاملاً يشمل ما لحق المؤجر من خسارة وما فاتته من كسب ٠ بل على القضاة أن يراعي بحسب المسافر ٠

أما إذا جنت للمؤجر حاجة شخصية للمأجور فلا حق له في طلب تسريح العقد ٠ ولكن هذا الأمر ليس من النظام العام ٠ حيث لا يوجد ما يمنع من أن يطلق الطرفين في عقد الإيجار أو في اتفاق لاحق على أنه يجوز للمؤجر أن يفسخ العقد إذا وجبت له حاجة شخصية للمأجور ٠ ويعتبر مثل هذا الاتفاق صحيحاً يجب العمل به ٠ ويصير ذلك بمثابة تطبيق الإيجار على شرط فاصخ ٠ فإذا أراد المؤجر أعمال هذا الاتفاق ٠ وجب عليه أن يبره المستأجر بالاختلاف في المزايدة الكبيرة في المساعدة (٧٤٦) مدني عراقي ٠ ما لم ينقض الاتفاق بغير ذلك ٠ فإذا كان مختلفاً طمسى أن يكون الإنهاء بمجرد ظهور الحاجة ٠ أو بعد مراعاة مواجبه محددة في العقد ٠ ويجب

طبق هذا الاتفاق واستبعاد الجوانب المخصوص عليها قانوناً وإذا اختلفت
المساعدة أن حول وجود الحاجة الشخصية لمؤجر من علمها كان للقاضي
على ضوء نسبة المشتركة للطرفين (٦) الموضوع أن يقول ذلك ويثبت في الموضوع
وقد أعطت المادة (٧٩٣) من القانون المدني العراقي الحق للموظف أو المستخدم
الذي يتضمن عمله تغيير موطنه أن يطلب قسح إيجار مسكنه إذا كان الإيجار
محدد المدة على أن يراعى مواعيد التنبيه في المادة (٧٤١) ولا يستبر هذا الأمر
من النظام العام حيث يجوز الاتفاق على خلاف ما ورد في المادة (٧٩٣) مدني
عراقي . علماً بأن القوانين كالمادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري . فله
اعبر ذلك من النظام العام ويضع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك (٩) .

وقد ألقى قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩١١١ الصادر بتاريخ ١٩/٨/١٩٧٦
عنوان ((مستخدم)) ومنح تعيين أي عراقي في الخدمة المدنية إلا بصقة حوشت
ر. عامل (٩) . تم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٦٥٠) بتاريخ ١٩
١٩٨٧/٣/١٩ والذي يعتبر كافة العمال في دوائر الدولة وقطاع الاشتراك
موظفين ، وظل قانون العمل الجديد رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ صارياً على عمال
القطاع الخاص والمختلط والمعاملين في القطاع التعاوني (٩) .

(١) د - شنب - ص ٢٩٥ . د - العامري - ص ٢١٩ .
(٢) نصت المادة (٦٠٩) من القانون المدني المصري على ما يلي ((يجوز للموظف
أو المستخدم إذا تضمن عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه
إذا كان هذا الإيجار معين المدة على أن يراعى المواعيد المبينة في
المادة (٥٦٢) ويضع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك)) . ويأتي هذا النص في
تقديرنا الأفضل من نص المادة (٧٩٣) مدني عراقي التي تستلخصت الحرف
(أ) في غير محله مما أدى إلى مزيد من التردد من قبل الفقهاء لنص هذه المادة
أنظر في ذلك : د - عباسي المصراف - ص ٤٢٢ . د - العامري - ص ٢٢٥ .
(٣) القرار منشور في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) - العدد (٢٥١٧) في
١٩٧٦/١/٦ .

(٤) القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية - العدد (٣١٤٣) في ١٩٨٧/٣/٢ .
لمزيد من التفاصيل راجع : د - سهيل حسين الفتلاوي الجوانب القانونية
لقرار تحويل العمال إلى موظفين - مجلة القانون العدد - العشرون -
السنة - الثالثة عشر - ١٩٨٧ - ص ٩٢ .

والملاحظ ان لدى المادة (٧٩٣) مدني عراقي تم قصر الى المال . الا ان التراجع
 شمله لطائفة المال نظرا لاتحاد البلة التي دفعت المشرع الى وضع هذا
 الحكم . وكما نفضل لو ان المشرع العراقي ذكر هذه الطاقة الكبيرة بشكل
 صريح دليلا للاجتهاد والتفسير او اللجوء الى استنباط الاتحاد الوارد فيها بكلمة
 واحدة وهي (المالون) كما اشارت الى ذلك المادة (٧٩٣) من قانون ايجار
 العقار النافذ التي سبقت الاشارة اليها فيما تقدم . وكذلك لفصل الاشارة الى
 الماعطين لدى المولة او الاشخاص المعنوية العامة او القطاع الخاص او للمعطل
 او التعاوني للمد من التفسيرات والتويلات التقنيّة والتشاتيّة .

يبقى لدينا بعد ذلك حالة لسخ الاجار لطرفه ظروف غير متوقعة ترفع
 احد المتعاقدين وهو ما اشارت اليه المادة (٧٩٤) مدني عراقي بقولها :-

(٧٩٤) - اذا كان الاجار معقد لمدة جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب لسخ العقد
 قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ الاجار مستحيلا
 مبدا الامر لو في أثناء سريانه مرهقا ، على ان يراعى من يطلب فسغ مراحله
 التنبيه بالاعتلاء المبينة بالمادة (٧٩٤) وعلى ان يوضح الطرف الاخر تموضعا

Note

لا - اذا كان المؤجر هو الذي يطلب الفسخ ، فلا يجبر المستاجر على ود
 المأجور حتى يستولي التعويض او حتى يحصل على تلمين كاف) .

ويشترط هنا كما هو واضح في النص ان يكون الاجار معقد المدة
 وان تحدث ظروف من شأنها تجعل التنفيذ مرهقا سواء كان ذلك من بداية
 تنفيذ العقد او أثناء سريانه سواء اخص بها المؤجر او المستاجر ولا يصح
 ان تكون هذه الظروف خطيرة لاخير متوقعة كما اشارت الى ذلك المادة (٧٩٤)
 مدني مصري . كذلك لا يشترط ان تكون هذه الظروف عامة بل يجب ان تكون
 خاصة بشخص المؤجر او المستاجر كما لو استأجر شخص مكانا لزيارة زوجته
 او مئة معينة . لم اقمده الرض عن ذلك او استأجر شخص مسكنا قضاء اجازته
 السنوية ثم الفيت هذه الاجازة . وقد يكون الطرف خاصا بالمؤجر . كما اذا اجر
 شخص منزلا لم يشرع له بانه . ثم سمعت حالته المادية فجاء فلم يستطع دفعه في

البناء أو لم يستطيع اتبانه كما لو لم ينفذ دين فادح لا يجد قطعه إلا من نسين
 نعيم المؤجره فباعها وسلمها إلى المشتري خافية . وتعتبر هذه الظروف وانعكاسها
 من حيث أفعال المؤجر أو المستاجر مسألة موضوعية يفعل فيها القضاء على
 ضوء ظروف الحال . وكذلك يشترط أن تكون هذه الظروف غير مشقة أى يجب
 أن لا يكون للطالب . لأنه يحد في تحقق الظروف وإلا كان متوقفا ، فإذا استأجر
 شخص مكانا لمزاولة مهنة حرة كالمطبخة ثم عين موظفا لدى المولى أو قد
 أدى المشتري بناء على طلبه . فلا يجوز به طلب إنهاء الإيجار . (١)

ونبغي تطبيق الانتهاء في جانب مطالبة لا بد من التنبيه بالإختلاف في المراجعين المتضمنين
 منها في المادة (٧٤١) والمريض بشكل عادل . وإذا كان المؤجر هو الذى طلب
 إنهاء العقد ثبت المستاجر الحق في حبس المدين فلا يجوز على ردها حتى
 مددوى التمريض أو يحصل من المؤجر على تأمين كتاب فلو شاء بهذا التمريض .
 وإذا كان جانب من العقد يذهب إلى أن هذه الحالة تعد تطويقا تشريعا خاصا
 منهجية الظروف ، المطبوعة (٢) خاصة تلف مع من يذهب إلى أن هذا المبدأ أى ((مبدأ
 انتهاء الإيجار للمؤجر)) يعد مبدأ خاصا وبشروط خاصة تختلف عن نظرية
 الظروف الطارئة وشروطها وليس أدل على ذلك من إيراد الفروقات الواضحة
 بين الاثنين والتي بعد اختلافات أساسية لا يجوز معها النظر إلى هذا الموضوع
 على أنه تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة (٣) .

(١) د . شبيب - ص ٢٩٨ .

(٢) د . المهورى - ص ٨٥٥ د . العامري - ص ٣٩٨ .

(٣) أن من أهم ما يختلف فيه المدر عن الظروف الطارئة ما يلي (١) لا يشترط
 في المدر أن يكون عاما . (٢) للمدر يعطى الحق في إنهاء الإيجار أصلا الظروف
 الطارئة تقتصر على رد الالتزام المرفق إلى الحد المأمول والتأكيد على
 ضرورة تنفيذ العقد .

المبحث الثالث

انتقال ملكية المأجور

مبتدئين هذه المبحث دراسة انتهاء الإيجار بسبب انتقال ملكية المأجور على القانون المدني العراقي وقانون إيجار المزار رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ وذلك على المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

انتقال ملكية المأجور في ضوء أحكام القانون المدني

قد تنقل ملكية المأجور إلى المستأجر فتجتمع في شخص واحد صفة المأجور والمستأجر مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام بأعداد السنة سواء أكان الإيجار ثابت التاريخ أم لا ولكن ملكية المأجور قد تنقل إلى غير المستأجر ولا بد أن نفرق هنا بين إيجار ثابت التاريخ وآخر غير ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . فإذا كان العقد غير ثابت التاريخ كان للمأجر أن إذا ما رأى بأن مصلحته تقتضي ذلك . كان يرى منطقي الملكية أن الإيجار يشترطه التي يتضمنها صيغة رابعة وأنه لن يجد مستأجراً آخر يشترطه الفصل . فبذلك بالإيجار . كذلك أنه تكون مدة الباقية لانتهاء الإيجار أقل من مدة التنبيه بالإخلاء الذي يمين على منطقي الملكية توجيهه للمستأجر إذا ما أراد إخلاء العين . فيفضل أن يتسبب بالإيجار لأنه ينتهي في مدة أقل من المدة التي يغلي فيها المدين لو أنه تسبب بهم نفاذ الإيجار (١٦) .

ولكن عند الإيجار قد يكون تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي يوجب عليه انتقال الملكية . وهنا سيكون مثل هذا العقد نافذاً في حق المالك الجديد (١٧)

(١٦) د. السهروري - الرسيط ج٢ - المصمير السابق - ص ٨٤٤ .

(١٧) المادة (٧٨٦) مدني عراقي . ولي مصر لا يمكن لبوت التاريخ لوحده إذا كانت مدة إيجار المزار تزيد على تسع سنوات بل لابد من تسجيل هذه الإيجار قبل

وثبات هذا التاريخ قد يكون في سند رسمي ثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بحسبه عليه طبقا لأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه بما تم على يديه أو مما ادلى به ذرو الشبان في حصوره (٢٦) أما إذا كان السند عاديا (٢٧) فإنه لا يكون ثابت التاريخ إلا إذا ثبت بأحد الصور التي أوجتها لنا المادة (٢٦/أولا) مسن قانون الإثبات المراهي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تقول :-

١- لا يكون السند كعادي حجة على الغير في نأديسه إلا منذ أن يكون له تاريخ مسن

٢- وقد يكتف بالبروت السند ثابتا في المعنى الجالات التالية :-

أ- من يوم أن يصدق عليه الكتاب العدل . - -

ب- من يوم أن ثبت مصبته في دولة أخرى ثابتة التاريخ .

ج- من يوم أن يثبت عليه قرض أو موظف عام مختص .

د- من وفاة أحد من لهم على السند اثر معترف به من خط هو أنفسهم أو بعض أبنائهم أو من يوم أن يصبح مسجلا على أحد من هؤلاء أن يكتسب أو يكتسب له في حقه وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن السند قد صدر قبل وقوعه . *

ولا شك بأن هذا فقد لا يجاز في مواجهة المالك الجديد يعني حلول هذا المالك محل المالك القديم قياسا له من حقوق وسأ عليه من التزامات وتصبح عند المعلنه مباشرة بين هذا المالك والمست حيث يجب على الأخير أن يفي بكافة الالتزامات انصتادية مع المالك الجديد . وليس الشيء يقال حيا يحترم المالك الجديد عند لا يجاز على الرغم من عدم تولفه بصفه للاسباب التي ذكرناها -

تسجين التصرف الناقل للملكية وفقا للمادة (١١) من قانون المصهر العقاري. فلذا لم يسجل لم يتصرف اثر الايجار للمالك الجديد الذي سجل عقده إلا لمدة تسع سنوات فقط بشرط أن يكون الايجار ثابت التاريخ وسأيا على التصرف لثباته للملكية -

(٢) المادة (٢٩/لق ١١) من قانون الإثبات المراهي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
(٣) يعتبر السند كعادي مادرا من وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من شك أو شبهة أو بصفة اتهام (م ٢٥/أولا) من قانون الإثبات المراهي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ . *

ولا يجوز ان تنتقل اليه ملكية المأجور ولم يكن الإيجار نافذا في حقه ان يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة (٧٤٦) او حتى انقضاء الإيجار بمضي مدته اى اثنى عشر اقب . وانما ليه المالك الجهد المستاجر بالاخلاء قبل انقضاء الإيجار فان المؤجر يكون ملزما بتعويض المستاجر ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستاجر على الاخلاء الا بعد ان يتقاضى التعويض من المؤجر او من المالك الجديد لثابتة عن المؤجر او الا بعد ان يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . وللمستاجر الحق في حسمه المأجور حتى يستوفي التعويض المشار اليه (١) .

وقد اشارت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) مدني عراقي الى عدم جواز حسم المستاجر بما يحمله من الاجرة على من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا ان المستاجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية او كان يستطيع ان يعلم بذلك . فانما يجوز من انتقلت اليه الملكية من الاثبات فلا يكون له الا الرجوع على المؤجر .

المطلب الثاني

انتقال ملكية المأجور في حقه - احكام

قانون ايجار العقار

نصت المادة الرابعة عشرة من قانون ايجار العقار على ما يلي :-

(١) محل المالك الجديد للعقار محل سلفه المؤجر له الحقوق والالتزامات المقررة بموجب هذا القانون .

(٢) محل المالك الجديد ان يتخير المستاجر بواسطة الكاتب العدل بانتقال ملكية العقار اليه خلال ثلاثين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسجيله باسمه ويورق بالانظار وثيقة صادرة من دائرة التسجيل العقاري تزيد ذلك وعليه

(١) المادة (٧٨٨) مدني عراقي -

(٢) سمعون السامري - ص ٣١٤ .

أيضا مراجعة دائره ضريبية. ثم انقضى انقضاء الملكية خلال ثلاثين يوما
بعدا من اليوم التالي لتاريخ تسليم المساجر (١).

يبدأ من نص المادة اعلاه ان انتقال ملكية فيها يكون انتقالا وضائيا. ان انتقال
الملكية هنا قد يتم بواسطة التنازل او لهبة او الاوت أو الوصية او الاستملاك (٢).
وانتقال الملكية لا يتم الا بعد تسجيل المصارف في دائرة التسجيل العقاري باسم
الملك الجديد لان المالك لا يتقدم الا باستيفاء هذا الاجراء (٣).

واللاحظ على نص المادة (١١) انها تقرر طول المالك الجديد للمصارف محصل
حلفه وسريانه. لعدم بسفه حتى ولو لم يكن بيد المساجر سند ايجار ثابت التاريخ
سابق للمصارف السابق للملكية كما اشارت الى ذلك المادة (٧٨٦/٢) من
القانون المدني العراقي. وكذا معنى لو ان مسفه المادة وصحت
مثل هذا الشرط للمحافظة على الاستقرار في التعامل ودفع الاستدلال الى تنظيم
علاقتهم التعاقدية بشكل موثق حسب للزعمات التي قد تحصل في هذا الميدان
اليوم.

ولا شك بان سريان الاجراء بحق المالك الجديد يصح انهاء سريان المدة المتفق
عليها بين المالك القديم (المؤجر) والمساجر لو بعد اقتضاء هذه المدة واستعداد
الاجار بحكم القانون وفقا للمادة الثالثة من قانون ايجار المصارف.

وحتى تبدأ العلاقة بين المالك الجديد والمستاجر ويترتب كل منها ما يليه
من حقوق والتزامات لابد من الوفاء بها فوجدنا الكثير من الآثار القانونية التي تمت
الغفران. فبأنية من المادة (١٤) المالك الجديد المدين بتسليم المستاجر بانتقال الملكية.
واعتبرت ذلك احد الواجبات التي لابد للمالك الجديد القيام بها. وجسر المصروع
هذا التنبيه بدعوة الكاتب للعمل فقط. وكذلك لايجوز تنبيه المستاجر بأية
طريقة أخرى كالرسالة الموجهة او غير الموجهة او البرق او التنبيه الشفوي.

(١) علما بان الاستملاك قد يكون وضائيا وقد يكون قضائيا راجع : المادة (٤)
والمادة (٩) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٠ وخروجه للسيد مصطفى
صبيح - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٨١ من (٥٤:٣٦).
(٢) راجع المادة (٦٠٢، ٥٠٨) من القانون المدني العراقي.

وحسبما فعل المشرع باعتقاد هذه الوسيلة للاخطار لكي يعطي هذا الموضوع مكانا يستحق من جدية. أولا ولكي يحسم كافة النزاعات المحصلة بين طرفي العلاقة التعاقدية ثانيا - وقد اعطى القانون للمالك الجديد مدة ثلاثين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تسجيل العقار باسمه على ان يرفق بهذا الاخطار وثيقة صادرة من دائرة التسجيل العقاري تؤيد انتقال الملكية وهذه الوثيقة هي صورة السجل العقاري التي لا تصدر عادة الا بعد استيفاء كافة الاجراءات القانونية المروضة وإذا كان على المؤجر ايداع نسخة من عقد الايجار لدى دائرة ضريبة العقار خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ إبرام العقد، فإن على المالك الجديد مراجعة دائرة ضريبة العقار لتوفير انتقال الملكية لديها خلال لثلاثين يوما ابتداء من اليوم التالي لتاريخ تسليم المستاجر، وعندما تصبح العلاقة فكل مباشرة بين المالك الجديد وهذه الدائرة خصوصا فيما يتعلق باستيفاء او مزاينة العلاقة الايجارية .

خذ هذه وقد نالج قرار مجلس قيادة الثورة المؤرخ (١٠٤٢) الصادر بتاريخ ١٧/٨/١٩٨٢ (١) موضوع انتقال ملكية الدور المملوكة للدولة عن طريق الشراء، ولم يجز سحب تعليلتها وبشرط توفر احد اسباب التخلية المنصوص عليها في المادة (١٧) من قانون ايجار العقار .

وقد شغل انكيه من خلال البيع المجبري الذي يشولاه القضاء او الجهات الوصية المختصة الاخرى . وفي مثل هذه الحالة لايجبر المالك او الشريك او المستاجر لهذا العقار على تخطيطه اذا رغب في الاستمرار على شغله بصفة مستاجر وليس احكام هذا القانون (١) - ولم يضر النص كما نلاحظ الى المستاجر الذي قد يكون شاغلا لهذا العقار بالفعل او الى من يسكن العقار بدون مقابل كان يكون

(١) انشور في لوائح المرفقة - العدد (٢٨٩٩٠) الصادر بتاريخ ٣٠/٨/١٩٨٢
(١) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٨) من قانون ايجار العقار على ما يلي :-
(١) - لا يجبر المالك او الشريك الذي يشغل العقار اذا بيع قضاء لوجواطة أية جهة مختصة اخرى على تخطيطه اذا رغب في الاستمرار على شغله بصفة مستاجر ولحق احكام هذا القانون (٢) .

لذلك قد نسكنه مجاناً على حصيل التصامع أو على حصيل الاعارة (م ٨٤٧ مدني
عراقي) ونعتقد بأن ذلك يعد تعصفاً في هذه الفقرة خصوصاً .

إذا ما قارنا الأمر مع نص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها التي تشير إلى
تساوية في يكون الشاغل مستأجراً . كذلك فإن هذه الفقرة تستخدم عبارة
(إذا بيع قضاء أو بواسطة أية جهة مختصة) وتفضل أن تكون العبارة منه
بالشكل التالي : (إذا بيع من قبل جهة رسمية مختصة) .

وتقوم الجهة الرسمية المختصة القائمة على البيع بتبليغ الشاغل قبل خمسة
عشر يوماً على الأقل من تاريخ الإعلان عن البيع لإيفاء رغبته في شغل العقار . فإذا
تعلق الشاغل عن إيفاء رغبته في الشغل . العقار بصفة مستأجر خلال تلك المدة
فليس له أن يتمتع بهذا الحق ، ويجوز على مصلحة العقار كمن يبيع العقار
بالتجارة . وتبدأ مدة الخمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ أما
اليوم الأخير من الخمسة عشر يوماً فيدخل في حسابها أما إذا صادف ذلك
اليوم عطلة رسمية فلا يدخل في حسابها حيث يبدأ كل أول يوم يليه من أيام
العسل (١) .

وحينما يعدى الشاغل رغبته في الإيفاء وفقاً للأصول لابد أن نلاحظ نقطة
الشاغل . فقد يكون هذا الشاغل ملكاً أو شريكاً . وعندنا يعد بدل الإيجار
في ضوء النسب القانونية التي حددتها المادة الرابعة من قانون إيجار العقار
وحسب نوع العقار . ونفس الشيء يقال بالنسبة للشاغل الذي يمكن التمسك
على حصيل التصامع أو العارية . أما إذا كان الشاغل مستأجراً ليصار إلى تحديد
الاجرة وفق أحكام قانون إيجار العقار أيضاً بمعنى أن تبلى الاجرة على حالها
إذا كانت أقل من النسب الواردة في المادة الرابعة من هذا القانون . حينئذ
يكون تاريخ عقد الإيجار سابقاً لتاريخ نفاذ قانون إيجار العقار في ١/٧/١٩٦٩ ،
وتخضع إلى النسب القانونية كانت تزيد عليها . (٢) أما إذا كان عقبه
عقد الإيجار مبرماً بعد نفاذ قانون إيجار العقار ليصار إلى اعتماد النسب التي
قررها هذا القانون .

(١) المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
(٢) الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون إيجار العقار .

المبحث الرابع

أسباب التخلية في قانون أيجار العقار رقم ٨٧

نسخة ١٩٧٩ للمعدل

حددت المادة (١٧) من قانون أيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الأسباب التي يجوز للمؤجر الاستعانة اليها لطلب تخلية المأجور . وقد وردت هذه الأسباب على سبيل المحصر لا المثال ، مما يعني عدم جواز إضافة أسباب جديدة للتخلية خلافا لما ورد في المادة المشار اليها . لا اعتبار لأسباب التخلية من النظام القديم .

لذلك فإن دعاوى التخلية ستورد إذا لم تؤسس على أحد الأسباب الواردة في

المادة (١٧) - (١٩)

عقد وقد وضعت المادة (١٧) كما سنلاحظ أيضا لطلب التخلية في حالة عدم دفع القسط المستحق . مما يبين أن المشرع يسلط سلطة للمأجر وعنده في الوقت نفسه من التبادي في الامتناع عن التسليم في الميعاد المقرر . كما جعل القانون الإيجار من الباطل أو التنازل عنه سببا للتخلية وإن كان به المؤجر ، وليس في الفقرة (١٧) على أن تحقق الضرورة الملحة للمؤجر للسكن ، يمكن ، يجوز له طلب التخلية ، وأورد في الفقرة المذكورة أمثلة للضرورة الملحة يسمح القلم عليها . كما أوردت المادة (١٧) سببا جديدا للتخلية الكلية أو الجزئية ، هي رفقة المالك في اشغال طوابق جديدة يقتضي العودة اليها لتخلية غرفة من الدار أو دكان أو جزء منه يستعمل ملما للعودة للطوابق العليا ، وهذا مبدأ يرجع على توسيع المصراع .

(١) انظر في ذلك ق قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (١١٣/٥/٨٩) في ١٩٨٩/٩/٢٥ وقراراتها المرقم (٦٣١/٥/٨٩) في ١٩٨٩/٩/٣٠ - (مصدر منشورين) .

قرار محكمة استئناف بعلبك بعداد وبصفها القمبية المرقم (١١٣/٥/٨٩) / حرقية / ١٩٧٩/ في ١٩٧٩/٧/٢ المأجور في القوائم المحلية - المدة الثالثة - السنة الثانية - قانون القاضي ١٩٨٠ - ص ١٣

أما الأسباب الأخرى لطلب التخلية فقد اختلف بها القراءين السابقة واستمر
الصل عليها (١) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن كافة الأحكام العادرة بالاستناد إلى أحد أسباب
التخلية يمكن الطعن فيها ليميزا لدى محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية
خلال عشرة أيام من اليوم التالي لفتح الملف بلانكم إذا كانت المرافعة حضورية . أما
في حالة صدور القرار بحق المستأجر غيابيا فله الاعتراض عليه أمام المحكمة
التي أصدرت القرار خلال مدة لا تتجاوز العشرة أيام من اليوم التالي لتبليغه ،
علما بأن دعاوى التخلية لا يمسب من الأسباب الواردة في المادة (١٧) لو أي دعوى
لاشئة عن تطبيق القانون إيجار العقار ضد من الدعوى المستعجلة (م ٢٢ من
نانون إيجار العقار) التي يجب أن تفصل فيها المحكمة بأسرع وقت ممكن (٢) .
ويشاه على ما تقدم سنعالج أسباب التخلية تناعا وفق الفصل الوارد في المادة
(١٧) انفة الذكر .

المطلب الأول

عدم التولية بطلب الإيجار المستعجل

اعتبرت الفقرة (أ) من المادة (١٧) أن عدم وفاة المستأجر بطلب الإيجار
المستعجل لعقار خاضع لسريان قانون إيجار العقار منه في طلبه الامتياز العس
تحويل المؤجر حق مطالبة المستأجر بالتخلية بخصوصا وإن دلع الأجرة يعتبر م
أهم التزامات المستأجر . وقد فوضت لنا هذه الفقرة هذا الموضوع بقولها :

ولا إذا لم يضع المستأجر نسط الإيجار ولم يرد سبعة أيام على استحقاقه
وإنذار المؤجر له به انتضالها بواسطة الكتاتيب المدلى بموجب دفعه خلال
ثمانية أيام من تأويل تبليغه بالإنذار ولكون صارفه الانتذار والإيداع في مائه

(١) الذكرة الانضاحية لقانون إيجار العقار .

(٢) (م ٢١٤) بواقعت عراقى ، كاظم الشيخ باسم - قواعد إيجار العقار - ص

٣٠٧ - ص ٣٠٨ ، سيد خليل الراضى - ص ٦٧ .

المطالبة على المستأجر بمصمما من هذه المصاية إلا مرتين في السنة الواحدة يجوز للمؤجر بعدد أن يطلب التخليط إذا لم يقع المستأجر القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه (١٠) ولتطبيق نص هذه الفقرة لا بد من توفر الشروط التالية :-

المتطلب القسط الإيجار

الأصل في الإجرة أنها لا تستحق إلا بعد استيفاء الثلثة أو التمكن من استيفائها. لأن الإجرة تعادل المفعة (م ٧٦٨ مدني عراقي) ولكن المادة الناشئة من قانون إيجار العقار اشترطت دفع الإجرة مقدما وبأقساط شهرية بالنسبة للعقارات الخاصة لاحكام هذا القانون ، وإذا كان المؤجر هو الدولة أو الأشخاص المنوطة العامة . للمستأجر أن يدفع الإجرة شهريا أو بقسط واحد أو أكثر . أما التي تمتاهاها الدولة أو الانظام المصوية العامة فتراعي بشأنها شروط دفع الإجرة المنصوص عليها في قلة الإيجار (١١) .

هذا وقد وفرت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة العاشرة من قانون إيجار العقار عدة سبل للوفاء بالإجرة عند استحقاقها في حالة امتناع أو عدم

-
- (١) كانت الفقرة (أ) من المادة الخامسة من قانون تنظيم إيجار العقار رقم (١٧) لسنة ١٩٧٣ (المفدي) تنص على أن عدم قيام المستأجر بدفع بدل الإيجار أو القسط المستحق منه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه ، يعتبر سببا من أسباب التخليط . ولأنه بالنظر في هذا النص كأن مقتضاها لانه يعضد مع المستأجر إلى حد بعيد فمجرد عدم تسديده للإجرة المستطه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقها يكفي للحكم بالتخليط . لمزيد من التفاصيل راجع : د . عصمت عبد المجيد بكر - احكام نظية للاجور ودور الحرية للطباعة - بغداد ١٩٨٨ - ص ١٨ .
- (١) الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون إيجار العقار .

استداع المؤجر من استلامها ، بحيث يستطيع المستأجر دفع الأجرة وبأسطة الكاتب العدل أو المرافعة أو المبردية (٢) .

مكرر - مرور سبعة أيام على استحقاق الأجرة .

إن استحقاق الأجرة لوحده لا يعد كافياً ، بل من مرور مدة سبعة أيام على استحقاقها . وبعبارة واضحة أن المشرع حاول وضع صمام أمان آخر لحماية المستأجر مستفيداً من العقد الموجب إلى نص المادة التاسعة من القانون المدني رقم ١٦٧ لسنة ١٩٧٣ .

مكرر - توجيه الفساح

ثم أضاف المشرع حماية أخرى للمستأجر تنبئ في ضرورة توجيه الفساح لأجله من طريق الكاتب العدل حصراً يطلب فيه المؤجر تسديده البذل المستحق خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بالإنذار . فذلك لا يعتبر الإنذار مستوفياً لشروطه القانونية إذا طالب المؤجر المستأجر بدفع بدل الأيجار خلال سبعة أيام أو ثلاثة أيام من تاريخ الإنذار . (١) كذلك لا يجوز مطالبة المستأجر بتخية المأجور مباشرة بانقضاء مبرر له بواسطة الكاتب العدل ، ما لم يسبق ذلك الإنذار بنفسه المطالبة ، بدفع اقتباط الأيجار التي تأخر المستأجر عن دفعها في ضوء الملتزم المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (١٦٧) (٢) ولا شك بأن الإنذار لا يعد مستوفياً لشروطه

(٢) إلا أن أبحاث بدل الأيجار لدى الكاتب العدل ناقضه بغير مبرر من أسباب التخية . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ الرقم (د/٤٨٤/ت/٩٨٨) نسبي ١٩٨٨/٥/٢٩ (غير منشور) - وبعبارة ذلك فإن أبحاث بدلات الأيجار لدى الكاتب العدل قبل تبليغ المدعي عليه بالإنذار المسمى إليه من قبل المدعى بهني وفاء المستأجر بالتزلمه بدفع الأجرة مما يفيد عدم توفر الشروط الواردة في الفقرة (أ) من المادة (١٦٧) من قانون أيجار العقار ، قرار محكمة أيجار عقار الكرخ الرقم (٢٦٨/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٥/٢٨ - (غير منشور) .

(١) قرار محكمة بدلات الكرخ الرقم (٧٢٦/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/١١/١٥ (غير منشور) ، قرار محكمة أيجار عقار الكرخ الرقم (٨١٩/ت/١٩٨٩) نسبي ١٩٩٠/٢/١٧ (غير منشور) .

(٢) قرار محكمة أيجار عقار الكرخ الرقم (٣٢١/ت/١٩٨٩) في ١٩٨٩/٦/٧ (غير منشور) .

القانونية أيضا إذا طالب المأجر بأكثر من الأجرة المتفق عليها قبل حلول أيجار
المستأجر في ١٩٧٩/٧/١ . لأن ذلك يعد مخالفا لنص الفقرة من المادة الرابعة
من القانون التي تنص على بقاء الأجرة على حاتها دون زيادة (١) .

ويجب أن يكون الإصدار واحدا يستند على اسم المستأجر الكامل الصحيح
وعقدار قسط الأيجار والشهر الذي يورث إليه هذا القسط وتقبل الأيجار والمدة
التي يجب دفع القسط خلالها اعتبارا من تاريخ المطالبة بالإصدار بما لا يخالف
نصوص القانون .

٤ - عدم دفع الأجرة بعد الإصدار .

وعلى هذا الأساس إذا قام المأجر بإصدار لمدة معينة أيام من تاريخ
استحقاق قسط الأيجار ثم وجهه لطرف بواسطة الكاتب العدل بوجوب دفعه
خلال ثمانية أيام من تاريخ المطالبة بالإصدار ولم يتم المستأجر بوفاء الأجرة ، فإن
المأجر يستطيع عندئذ إقامة دعوى القسط وفقا للأصول (٢) .

غير أن الحماية التي اعطاها المشرع للمستأجر ليست دائمة وإنما هي
محددة بمرتين في السنة ، ولا يدور فيها هذا الحق إلى السنوات القادمة ، وبعد
الانتهاء هاتين الفترتين يستطيع للمأجر مطالبة المستأجر بالقسط إذا لم يدفع
القسط المستحق خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاقه دون حاجة إلى
إصدار (٣ ف ١) .

وهذا يعني أن المشرع منح المستأجر فرصة أخيرة وهي مدة الخمسة عشر يوما
من تاريخ استحقاق بدل الأيجار ، إن دفع بدل الأيجار خلالها فخلص من خطر
الخطأ وإن لم يدفع قام المأجر بمطالبته بالخطأ .

(١) قرار محكمة أيجار الكرخ المرقم ٩٨٩/ت/٦٣٢ في ١٤/١٠/١٩٨٩ (المسود)

(٢) يراجع في ذلك قرار محكمة أيجار مطار الكرخ (غير المنشور) المرقم
١٩٨٩/ت/١٩٠ في ١٩٨٩/٨/٢٨ .

المطلب الثاني

الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار واسكان الفيسر

١ - الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار

وفر قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ الكثير من الحماية للمستأجر، ولكنه لم يسمح له بالتنازل الإثراء على حساب المؤجر أو استغلال هذه الحماية خلافاً للاغراض التي رسمها المشرع . لذلك حظر القانون للناقل الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار واعتبر ذلك من النظام العام ، فضلاً عن العقوبة الجزائية التي ستعرض لها المستأجر بالاستناد إلى الفقرة الخامسة من المادة (٢٢) من قانون إيجار العقار إذا ما خالف المشرع أكثر إليه .

ولكن المشرع لم يكتف بكل ذلك بل اعتبر أن قيام المستأجر بهذا التصرف في الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار يفضي سبباً من أسباب التخلية التي أشارت إليها الفقرة (ب) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار المنفذ .

ويجب عليه إثبات الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار على عاتق المؤجر . ولذلك قد يفلح المؤجر في إثبات ذلك وقد لا يفلح علماً بأن إثبات هذا الأمر قد لا يكون سهلاً ، خصوصاً بالنسبة لإثبات استيفاء المستأجر الأقساط الإيجارية من المستأجر من الباطن . لذلك يطجأ القضاء في الكثير من الأحيان إلى منح أحد أطراف الدعوى تطييف الطرف الآخر البين القانونية لحسم هذا النزاع المستند إلى الفقرة (ب) من المادة (١٧) . (١) .

ولم يستجب القضاء العراقي إلى طلب المؤجر بالتخلية بدعوى الإيجار من الباطن حينما لاحظ بأن إسكان للمستأجرة ولعنا المتزوج المقيم لها وإبنتها الأربعة

(١) انظر في ذلك قرارى محكمة إيجار الكرخ (غير المنشور) الرقم من ٩٨٩/ت/٣٠٣ ، ٩٨٩/ت/١٢٧ ، الصادرين بتاريخ ٩/٨/١٩٨٩ .
١٩٨٩/٨/١٥ .

(١٣) طائفة من الأشخاص الذين يرتبطون بالمسافر علاقات تنسب كالأصول
 للإيرادية - الجدة - والجد - أجدد وان عسوا - الأم وأبها - الجد لام حوتها
 أي أجدد لام وان علوا - والعروج المسافر وأزواجه (١) - ويقتصد بالعروج الابناء
 والبن أو البنات وأبائهم وان مركة - والأخوة والأخوات غير المتزوجين - والأخوات
 الأرملة التي توفي زوجها - أو المطلقة (م ١٣/ف ٢) - لقد كان المشرع في وضعه
 هذه الاستثناءات مدفوعا ببعض الظروف الاجتماعية - خصوصا بالبيئة
 للأصول أو العروج أو الأرملة أو المطلقة التي يتطارد سكنها لوحدها أو منع
 أطفالها الصغار - لكن هذه الضرورات قد تكون أقل أهمية للابن أو البنت بعد
 الزواج وتكوين عائلته أو عوائق جديدة تقتضيها أحوال الاستقلال في مساكن أخرى
 حرة وإن الزوج يكلف شعرا وقاموسا بإعداد سكن مستقل لزوجته - ولم
 يمتد المشرع عند هذا الحد وإنما أجاز أستاذ من يقضي القاضون أو العرف أو
 التقاليد الاجتماعية بإعالة المستاجر له أو بإقامته معه (م ١٣/ف ٢) - ويستعين
 القاضي في معرفته للعرف أو التقاليد الاجتماعية بمكافة الوسائل بما في ذلك
 الاستئناس برأي الخبراء

وفي محلوله من المشرع الثلاثان قل مصلحته المؤجر وضع بعض القيود لتطبيق
 من المبررة الثانية من المادة (١٢) وهي :-

أن يمنع المأجور سكني من استئجار هذه الفقرة - ولم يبين لنا النص
 المقصود بهذه النسخة ومنى يمنع المأجور أو لا يسمح لمسكني هؤلاء - لذلك
 سيخضع هذا الأمر مرة أخرى لسلطة القاضي التقديرية -

(١) وعلى هذا الأساس ذهبت محكمة إيجار عقار الكرخ في قرارها المرقم
 ٥١١/ت/١٩٦٦ في ٢/١٢/١٩٨٩ (غير منشور) إلى أن سكن البيت مع زوجته
 لا يعد إيجارا من الباطن بوجوب التخلي لأن الفقرة الثانية من المادة (١٣)
 تستثنى سكن الفروع وأزواجهم -

(٢) ومن الأمثلة التي تضرب على العادات والتقاليد الاجتماعية السائدة فهي
 قسرا - سكن الأم أو المال أو الخالة مع المستاجر ، إذا كانوا كبار السن ولا
 يوجد من يواظبهم في أيامهم الأخيرة ، أو سكن بنت الأخ الطالبة في الجامعة
 مع عمها لعدم سماح التقاليد الاجتماعية بسكنها في الفندق لوحدها وغير
 ذلك من الأمثلة -

٢ - ان لا يملك اي من هؤلاء دارا للسكنى . ولم يبين لنا النص المتضمن
 بهذه الدار . وكذا نفصل ان يشير النص الى كون هذه الدار والحق في
 حدود المدينة التي يقع فيها المأجور وان تكون سالحة للاستعمال . ويمكن
 تخطئها قائلوا ان كانت مستأجرة .

ثم أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٢) في مبادئ الأخيرة سكن اي من
 هؤلاء حتى وان كان يملك دارا للسكنى . اذا التفتت الضرورة الاجتماعية بسكان
 مع المستأجر . يقال ذلك سكن الأخت المطلقة مع أخيها حتى ولو كانت تملك دارا
 للسكنى لصعوبة سكنها لوحدها . ونفس الشيء يقال بالنسبة للأخت الأرملة أو
 العم كبير السن أو المصاب بمرض الذي ينظمي العوامل الإنسانية والاجتماعية
 أسكانه مع المستأجر على الرغم من تملكه دارا للسكنى لا يُلزم على السكن فيها
 وحده .

وعند ترك المستأجر المأجور بصورة نهائية وليست مؤقتة (١) يدخل من بقي
 من الانبياء المقتدر اليهم في القرنين (٢٠١٦) من المادة (١٢) محل المستأجر
 في المأجور (٢) وتترك المستأجر المأجور قد يكون بسبب انتقال الى دار حكومية
 أعطيت للمستأجر تسهيلات مجزية أو بسبب انتقال المستأجر الى مدينة أخرى (١)
 ولكن تطبيق الفقرة الثالثة من المادة (١٢) مفيد بعدم دعة المأجور سكن المأجور
 منهم أو أولاده المأجورين بضمه أو بأحد أولاده المتزوجين اذا لم يكن المأجور

(١) لم يعتبر سفر المستأجر الى الخارج للحصول على شهادة دراسية أعلى تركا
 للمأجور . ولذلك فان هذا الترك لا يبيح للمأجور إقامة دعوى التخليط على
 من بقي من الأشخاص الساكنين مع المستأجر طبقا للفقرة الثالثة من المادة
 (١٢) من قانون أيجاز العقار . قرار محكمة استئناف منطقة بغداد رقم
 ١٨٢٠/ج/١٩٩٨١ في ١٩٨٢/٢/٧ - مجموعة الأحكام المدنية - السنة (١٢)
 - المدة (١) - من ١٣٢ - ١٣٤ .

(٢) المادة ١٢/٢ - ٢ .

(١) إما وفاة المستأجر فلا تفتقد بأنها تعتبر من حالات ترك المستأجر للمأجور،
 لأن عقد الإيجار لا ينتهي بموت المأجور أو المستأجر، ولنظل كأية العقود
 والالتزامات الناشئة عن العقد الى ورثة المستأجر (٧٨٢م/ حادي مراني) .

داراً أخرى يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة . ومن الواضح ان المخرج حاول التلصص الى مصلحة الزوج براء أخرى ، حيث يتسوك المسافر الاصلي المأجور . وقد حضر من الزوج في طلب التخليه به شخصياً او بوجه اولاده (المتزوجين) ويشمل فقط الاولاد البنين والبنات ١٠ لا ان حق الزوج في المطالبة بالتخليه مشروط بمهم امتلاك من يرضيه السكنى او زوجه او أحده اولاده القاصرين داراً أخرى خاليه في حدود المدينة التي يقيم فيها الزوج او بالامكان تخليتها قانوناً ، فانه كان يملك داراً او داراً في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ولكنه لا يستطيع ان يسكنها لكونها مستأجرة ولا يستطيع اخلاصها لعدم توفر سبب من اسباب استعليه المصومي عليها في المادة (١٧) من قانون اجارة المعاشرة ، فلا يعتبر مالكا لدار يستطيع ان يسكنها (٢) .

وعلى هذا الاساس استطاع الزوج ان يطلب تخليه المأجور عنتمسباً انتقال المسافر من المأجور ناكراً فيه شقيقه ، لان الزوج كان يرغب في اسكان نفسه الزوج . وهو لا يخلط لنص الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون اجارة المعاشرة (٣) .

وعما لاحظ فيه بان الزوج يستطيع ان يطلب التخليه دائماً اذا لم يكن المسافر غير من اشاور اليهم المادة (١٦) ، ولكن حسب اثبات سكن الآخرين مسبح المسافر يقع على عاتق الزوج . وللمستاجر ان يدفع هذا الادعاء بكافة ما يتيسر له من وسائل (٤) .

- (٢) - صحت عبد المجيد - احكام تخليه المأجور المصدر السابق - ص ٥٦ .
(٣) - قرار محكمة استئناف بغداد المرفس (١١٥٩/ج/١٩٨٠) في ١٠/٦/١٩٨٠ .
مجلة الوقائع القضائية - السنة (١) - العدد (١٥) - ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .
(٤) - جاء في قرار محكمة ايثار حقار القرخ المرفس ٦٣٥/ت/١٩٨٩ في ١٢/١٢/١٩٨٩ ما يلي : « ان المسكن المدعي دعواه بطلب الفسخية بسبب امتلاك المدعى عليه وشقيقته وشقيقتها بدون موافقة المدعي ، ونتيجة التحقيقات الجارية للمسكن المدعي من اثبات دعواه لان إقامة هؤلاء كانت مؤقتة وليس دائمة » .

المطلب الثالث

الاضرار بالاجور او الاساءة لسعة المؤجر

ان من أهم التزامات المستاجر في القانون المدني العراقي استعمال الاجور بما يتفق مع العقد او وفقا لما اعد له المأجور دون اضرار الضرر به او بسعة المؤجر ويعكس ذلك بمنطوق المؤجر المطلوبة بآزالة الضرر او تسليح المقصود بالاضافة الى حمله في التمرضى . (المواد ٧٦٢ - ٧٦٤ مدني عراقي) .

وفيه انه قانون ايجار العقار هذا الانهاء من جديد واعتبره سببا من اسباب التخلية في الفقرات (جودهم) من المادة (١٧٢) التي جاء فيها :-

«وب اذا احدث المستاجر بالاجور ضررا جسيما عبدا او امثالا ولم يزل به بعد انذاره» .

«اذا احدث المستاجر تقييرا جوهريا في الاجور دون موافقة المؤجر التصحيحية ولم يزله رغم انذاره» .

«اذا تسبب المستاجر بخلاف الضرر المبين في عقد الايجار بما يشترط على ذلك اساءة لسعة المؤجر او الحال الضرر بالمأجور» .

وسنأتي على شرح هذه الفقرات الثلاث على التوالي :

أولاً - احدث ضرر بالمأجور

لكي يكون الضرر موجبا للتخلية وفقا للفقرة (ج) انشأوا اليها يجب ان يكون جسيما اي يصل اخلالا كبيرا بالمنافع المتوخاة من المأجور - ولا شك بان تقدير هذا الضرر وانطباق وصف الجسامة عليه امر يخضع الى تقدير قاضي الموضوع . ولما كانت اضرار ضرر يكون مقتصدا ، أي اتجهت نية المستاجر فعلا الى اعداله ، وفه يكون مصدوره الاهمال اي علم بمثل عناية الرجل المعتاد التي يتطلبها القانون لحماية اموال الآخرين وحيازتها ، ويحصل ذلك حينما يستنعم المستاجر المأجور بشكل غير مألوف .

ولكن المشروع حاول مرة أخرى حماية المستاجر على الرغم من إحدايه هذا الضرر ، فلم يمنح المأجر حق مطالعته بالتخفية لحدود وقوع الضرر ، بل ألزمه بتوجيه أضرار المستاجر (١٦) ، يطالبه فيه بإزالة هذا الضرر مع متعده المدة الكافية التي تتلائم مع حجم الضرر الواقع ، وعند حصول نزاع بين الطرفين بشأن كفاية هذه المدة فإن الكلام المفضل في ذلك سيكون للقاضي الموضوع .

ويتم توجيه الإضرار و مرور المدة الكافية يكون المستاجر قد استغنى كافة الفرض التي وفرتها له القانون ، فإذا قام بأصلاح الضرر يصح في شأنه من الحكم عليه بالتخفية ، وبمقتضى ذلك سيتم عرض نفعكم عليه بتخفية المأجور مع دونه المتطلبات اللازمة .

ثانياً - أحداث التغيير الجوهرى بالمأجور

من التزامات المستاجر الرقابة في القانون المدني ، مرد للمأجور في الحالة التي تلزمه عليها (٧٧٢ م) مدني عراقي ، وهذا يعني عدم جواز أحداث المستاجر أى تغيير في المأجور ، حيث يعتبر ذلك اختلافاً بأحد التزاماته المقررة قانوناً . وقد أكتفاه المتيقن قانون أيجار المطار في الفقرة (د) من المادة (٩٧) منه . ولكنه اشترط أن يكون هذا التغيير جوهرياً ، ويعتبر التغيير جوهرياً ، إذا أثر على شكل المأجور أو على استعماله والاكتفاء منه . ويرجع الأمر في نهاية الأمر إلى سلطة القاضي ، ومن الأمثلة التي تطرأ على ذلك ، قيام المستاجر ببيع ممتلكات من عرفت من مؤثر على أوزان المقار والمقاسم ، الذي حسب فيه لهـذا المالحظ مماها علمياً في تعديل ثقل البناء أو قيام المستاجر بتغيير واجهة المطار . من خلال بناء عدد من الدكاكين فيه ، أو قيام المستاجر بالبناء في حديقة المأجور . أما إذا ظهر بأن الأبنية المشيدة من قبل المستاجر كانت مؤقتة ويمكن دفعها فسي أى وقت دون إلحاق ضرر بالمأجور ، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل التغيير

الجوهري (١٦) .

(١٦) يجب أن يتم الإضرار - كما نعتفه - من خلال الكاسب المدل .

(١٧) قرأ محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية الرقم (٢٠/ج/٨٧) قسري ١٩٨٧/١/٢٠ - مجلة القضاء - السنة (٤٢) - العدد (١) - من ٣٢٠-٣٢٩

ولكن يشتم المؤجر على التخلية يجب ان تتوفر بعض الشروط :-

١ - ان يحصل التغير الجزوي دون موافقة المؤجر التحريرية ، وهذا يعني ان موافقة المؤجر التحريرية تمنح تطبيق هذا النص بشروط التزام المستأجر بحدود الاذن الممنوح له . وحسنا فعل المشرع بالاعتصار على الموافقة التحريرية فقط ، لما قد تشبه الموافقات الشفهية من مازقات بسبب صعوبة الاتبيات .

٢ - مجرد حصول التغير الجزوي وبدون موافقة المؤجر التحريرية لا يمتطي الحق للمؤجر المطالبة بالتخلية ، بل يتطلب الامر توجييه اذار الى المستأجر لازالة هذه المخالفة (١) . يمنع فيه المستأجر مهلة كافية لازالة هذه التغير ، واذا اختلف في كفاية هذه المدة تكون التوجة الى سلطة القضاء وبعد تحقق هذه الشروط يمنح للمؤجر المطالبة بالتخلية مع اعادة المأجور الى وضعه السابق والمطالبة بدعوى الاضرار التي سببها للمستأجر .

ثالثا - استعمال المأجور خلافا لفرض العين في العقد -

نظم القانون المدني - كما نعلم - موضوع استعمال المأجور ، فهو إما ان يستعمل بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه المرفق . او ان يستعمل على النحو المبين في عقد الايجار أي في معرض او اغراض معينة اتفق عليها المتعاقدان وحسب لها فلا من المؤجر والمستأجر حسبما (٢) .

الا ان القانون المدني اجاز تفهيم الاستعمال في الاجراء (م ٧٦٦ مدني عراقي) ، مما يعني عدم جوار مخالفة هذا التقييد في عقد يعتبر شريعة المتعاقدين وقد انعكس هذا الاتجاه على القوانين الخاصة التي حاولت جديدا حماية المستأجر والتقليل من الحالات التي يستطيع المؤجر التسلل بها لاختلاء المأجور دون ان تفعل هذه القوانين حقيقة لا مناص منها وهي ان مصلحة المؤجر لا يسه ان تآخذ سبيلها من الحماية . وبرز ذلك فعلا في بعض القوانين الخاصة كما هو

(١) ونستشهد بان هذا الاذار يجب ان يتم بواسطة الكاتب العدل ايضا .

(٢) راجع المادة (٧٦٢) مدني عراقي .

الحال في المادة (٢٣) من القانون رقم (١٨٤) لسنة ١٩٧٨ ، التي أصبحت مجهزة
استعمال الأجور خلافا للفرض الذي استأجر من أجله المدين في عقد الإيجار
سببا من أسباب التخلية .

ولكن قانون إيجار العقار الثالث حاول تعميل وزيادة حماية المستأجر فوضع
في الفقرة (٤) من المادة (١٧) التي تقول : -

لا يجوز للمؤجر طلب التخلية إلا إذا استعمل المستأجر الأجور خلافا للفرض
المبين في عقد الإيجار بما يترتب على ذلك أساءة لسعة المؤجر أو الحال
الضرر بالمأجور .

ويبدو لنا لأول وهلة من قراءة النص أن المؤجر والمستأجر قد اتفقا على
الفرض من استعمال المأجور وفيما ذلك في صلب العقد التي أودعت نسخة منه
لدى دائرة ضريبة العقار (١) ولا هذا الاتفاق كان الرجوع إلى طبيعة المأجور
ومتطافته وما يقرر عرف والخبراء بهذا الشأن - ونعتقد بأن ذكر الفرض يعني
من ناحية أخرى أن كلا من المؤجر والمستأجر كانت لهما مسؤولية معينة وراء ذلك
هذا الفرض ، وهذه الأسباب قد تكون مهمة بالنسبة للمؤجر أكثر من المستأجر ،
فخصوصا إذا كان المأجور من غير المالك ، وأراد المؤجر التخلية دون حصول
المنافسة في مهنة أو حرفة معينة له أو لغيره من المستأجرين ، أو أن المؤجر أراد
حماية المأجور بتأجير فرض معين معروف ابتداء وهكذا .

ولكن قانون إيجار العقار لم يكتف بمخالفة الفرض ، بل انتهى لتطبيق النص
أن تطوى هذه المخالفة على أساءة لسعة المؤجر أو الحال الضرر بالمأجور .
وواقع من النص أن الشرع يكتفي باتحاد هذين السببين ولا يشترط اجتماعهما
كما - وعلى هذا الأساس فإن مجرد المخالفة لا تعتبر سببا للتخلية ، فإذا أنطرح
لن المأجور قد استأجر لفرض التخلية مخبرا تم حرقه المستأجر بعد فترة إلى محل
لبيع الآلات ، فليس في ذلك ما يسبب أساءة لسعة المستأجر أو يلحق ضررا

(١) المادة (٧/٢٤) من قانون إيجار العقار .

بالمأجور، وبالتالي فلا يحد هذا الأمر سببا للتخلية (١) .

ومن الأمثلة التي تضرب على استعمال المأجور بما يلحق الضرر به اعتماد
البنار المستأجرة مكانا لاستقبال الزوار وإسكانهم (٢)، أو انطاد المهرن المستأجر
بحزن المواد كمعمل لصنع الخبز، أو تحويل استعمال المأجور من معرض لبيع
وبراء السيارات الى محل لفصل وتصنيع وتصحيح السيارات، واستعمال المكان السابق
لبس تعرض بيع المواد المملوكة والمطبوقة لتصليح وصنع السيارات (٣)،
ومن لحالات انقي تعتبر اساءة لسمعة المأجور استعمال المأجور للعب القمار
أو تخزين المواد المهربة أو الدخارة وغيرها .

ومن الملاحظ على النص انه لا يشترط توجيه اذكار الى المستأجر كما لا يشترط
المطالبة بالتخلية مرور فترة على المخالفة، بل ان مجرد المخالفة التي يقع عيب
انبائها على المأجور يكفي للحكم على المستأجر بالتخلية . كذلك لأن لؤالة المخالفة
لا تخلص للمأجور من هذه الاثار . الا اذا عرفت المأجور عن حراسة هذا الحق
الذي يفرضه له القانون .

(١) قرار محكمة استئناف بغداد الرقم (٢٨٩/ج/٨٥ - ٨٦) في ١٩٨٦/٢/٢ .
اشار اليه الدكتور هسنت عبد المجيد - أحكام تخلية المأجور - المصدر
السابق - ص ٧٠ .

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد الرقم (٤٥٤/حقوقية/١٩٧٩) في ١٩٧٩/١٠/١٤
الوقائع المدنية - السنة الثانية - المجلد الثامن - قانون الثاني ١٩٨٠ -
ص ١٢ .

(٣) راجع د - هسنت عبد المجيد - نفس المصدر - ص ٩٨، ولاحظ القرارات
غير المنشورة التي اشار اليها في نفس الصفحة .

المطلب الرابع

انتفاء حاجة المستأجر للمأجور

هناك حالات تنفي فيها الحماية القانونية للمستأجر لانتفاء حاجته للمأجور . مما يعني ضرورة عودة المأجور إلى صاحبه أو إلى من هو أحق في الانتفاع به . من ذلك عدم استعمال المأجور لمدة معينة أشار إليها القانون أو انتهاء المستأجر أو تملكه هو أو زوجته عقارا يجب الانتقال إليه ولستئذله .

أولا - قسرة المأجور

نصت المادة (١٧) من قانون إيجار العقار على ما يلي -
يجوز للمؤجر أن يطلب نظية العقار . إذا لم يبق في المأجور أحد ممن ذكروا في
في الفقرة (٤) من المادة الثالثة عشرة أو أصبح العقار المأجور خاليا بسبب
عدم الاستعمال لمدة تزيد على ^{سبعة} ~~ثلاثة~~ شهور (١) .

ينص من النص أن المأجور قد ينظر من الأشخاص الذين نصت عليهم الفقرة
الثانية من المادة الثالثة عشرة من القانون . وهم طائفة من الناس أواد الشرح
صاحبهم . ولذا لا يجوز للمؤجر أن يطلب نظية المأجور عند وجودهم . إلا أن
ترك المستأجر للمأجور وعدم وجود أي من هؤلاء . يجعل الحماية منتفية . ولابد
معرفة من عودة المأجور إلى مالكه . ونظرا لشرح هذا الموضوع عند التمرس
للساكنة فلا داعي بنا إلى إعادة شرحه من جديد .

أما الحالة الأخرى فهي ترك المأجور خاليا دون اتصال لمدة تزيد على
سبعين يوما دون غير مشروع .

وقد استعمل المشرع من ترك المأجور للمأجور لهذه المدة المبررة عنهم
السماحة له . ولكن هذا الترك يجب أن يكون لمدة تزيد على السبعين يوما . وهذا
يعني أن هذه إذا كانت أقل من ذلك أو تحين يوما بالتأخير فلا يجوز تطبيق
الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة أن يكون ترك المأجور دون غير
يجوز تطبيق هذا النص . فضلا عن أن هذه المدة يجب أن تكون متصلة وغير
منقطعة . ومن الشروط الهامة لتطبيق هذا النص ضرورة أن يكون ترك المأجور
دون عدم مشروع . ولانتهت إلى مشروعية الشرع هو وجوده في تفسيره . إلى قاضي

الموضوع لذلك فإن ترك المأجور طرأ لسفر الزوج وواجبه أن يخرج الطر من أجل الحاجة قد يمد عذرا مشروعا ، كذلك فإن سفر المستأجر إلى الخارج وبقاء من أجار القانون بقائهم في المادة (١٢) منه يمد كذلك عذرا مشروعا .

ويبدو من النص أن لا حاجة للمدر لعدم الإثارة إليه ، كذلك فإن بسبب إثبات غلر المأجور وتركه دون استعمال يقع على عاتق المؤجر .

من ناحية أخرى فإن الحكمة من هذا النص لا تنحصر في غلر طرأ خاليا دون استعمال ما يتناقص مع فلسفة المشرع «الاستقلالية والإيجابية» ، استقلال كافة الحقوق لحل أزمة السكن فقط وإنما يتناسى مع القواعد القانونية العامة المشروعة التي تؤكد أن ترك المأجور دون استعمال قد يلحق ضررا به . كذلك فإنه ليس من الحكمة أن يجبر المالك على تأجير عقاره إذا ظل خاليا (م ٢٠ من قانون الإيجار) ، ولا يطبق هذا الأمر به ق المستأجر عند تركه للمأجور .

١- تأجيرا - يمد المستأجر أو المالكية عقارا للسكن

من أبرز مبررات اعتماد القانوني تقود الإيجار ، أن المستأجر في حاجة حقيقية إلى السكن المؤجر إليه ، فإذا زالت هذه الحاجة إلى هذا السكن زالت أسباب اعتماد القانوني ومن ثم يكون من المنطق للحكم عليه بالتخلي ، فالأولى أن يظل الشخص إلى دأبه التي شبعها حديثا هو تملكها من أن يبقى مستأجرا للمساكن الضيق (١) .

من هنا كانت الفقرة (ج) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ للعمل لأسبابا لتخليه حيث نصت الفقرة (د) على ما يلي :

(د) يمد المستأجر عقارا للسكن في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ، وكما نصت الفقرة (ج) : (إذا تملك المستأجر أو كان يملك في حدود المدينة التي يقيم فيها مدة عقارا صانعا لسكنه يمكن تخليته قانونا لو كان خاليا ولمسح أجوره للمير بعد طرأه) .

(١) د - نصت عبد المجيد بكر - شرح قانون إيجار العقار - المصدر السابق - ١٥٠ .

والعلة من ذلك تسريع عليه التصحيح - من ناحية أخرى - ملائمة الشرع
في البطلان استلزامه يستلزم أكثر من مسكن واحد بقصد الإيجار ، أو بإيجارها
يبلغ ترتفع إلى غير خصوصية بعد ارتفاع بدلات الإيجار بشكل طبيعي ، حيث
يرى المستأجر أن بدل الإيجار المسكن الذي يستأجره منذ فترة له يكون للمصلحة
إذا ما فُرد بدل الإيجار الطالي القديم في بعض عليه بإيجاره ، واره التفسير أو
المطابقة في علل ظروف اقتصادية تشجع على الاستفادة من الفرق بين التكاليف
بنفس النظر من مبدأ الامتياز على حساب التفسير ، فذلك قرص القانون على
هذا المستأجر جراء قانونيا قضى بإخلافه المسكن الذي يشغله عن طريق
الاستئجار على أن يتغير الشروط القانونية المطلوبة وفقا للقوانين (أو المحاكم)
الثالثة (١٧) من قانون إيجار العقار (١٩٦٠) .

وقد لاحظ الشرع فيما به بأن هي «الفرفريين» (زح) لم يكن موقفا جسيما
تروء بشأنها الكثير من الملاحظات، وذلك أضاف الفترة (م/ ٣٠١) الى الثلاثة (١٧) من
لقانون ايجار العقار بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ١٦٨٣ الذي يقول :-
«١ - اذا بنى زوج الشاير عقارا لسكناهما في حدود المديونة التي يقيمان
فيها عمادة -

٢٤٥ - إذا تملك زوج المستأجر أو كان يملك في حدود القديحة التي يقيم فيها عادة ، عقاراً صالحاً لسكنائها يمكن تخليعه قانوناً أو كان خالفاً أو اخطى ولو أجره (للتبريد خطره) .

وإذا كانت هذه الاعطاف مما يحمد عليه المنعم المتسرع ، فإن وطءها بهذا الشكل كما نرى - لم يكن موافقا ليه مرة اخرى ، حيث كان يحسن به عادة قسوة القهرتين (زوج) بشكل جديد تضاف عليه عبارة (أو زوجها) (أ) بدل هذا الشكر الذي لا يبرره .

(١) كملغم الفلنك جاسم - قواعد أيجار القطار - المصغر السابق - ص ٢٢٨ -
(٢) الخدود في الجريدة الرسمية بمدها الرقم (٢٦٦٨) في ١٩٨٢/٣/٤ -
(٣) أي زوب المنلجر -

كذلك كان يحسن بدفعه وهو بعد إعادة النظر بالفقرتين (د.ج) أن يضيف إلى عبارة (أو زوج المستاجر) عبارة أخرى لا تقل أهمية عما تقدم ألا وهي عبارة (أو أحد الأولاد القاصرين) ، إذ أن طلب الاخلاء بسبب بناء المستاجر له تملكه عقار في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة لا يقتصر على المستاجر حسب تملكه عقارا في حدود المدينة بل يسعى فيه أن يكون قبله من درجة أو أحد الأولاد القاصرين باعتبارهم يملكون أسرة واحدة (٢) -

وبلاست كذلك بأن الشرع يشترط بالنسبة لملك العقار أن يكون صالحا لسكنى المستاجر في حين لم يشترط ذلك بالنسبة لتشييد عقار جديد للسكنى ، وقد كان من الخطأ اشتراط مثل هذا الشرط في حالة التشييد أيضا ، فقد تكون الدار المشيدة لسكن غير صالحة لسكنى المستاجر نظرا لضررها بالنسبة لأفراد عائلته الكبيرة أو بعدها عن مقر أعماله أو غير ذلك من الأمور والاعتبارات التي تجعل العقار المصيد حديثا غير صالح لسكنى المستاجر (٣) -

ويشترط للحكم على المستاجر بالتخليه وفقا للفقرتين (د.ج) من المصالحة (١٧) من القانون أن يكون حالكا لهذا العقار بصورة مستقلة وليس متقاربا يتفق معه مكناه واستعماله دون جوافة بقية الشركاء (١) ، ونرى بأن الإشارة إلى ذلك في النص قد يعتبر أمرا ضروريا يجلنا في مأى من الاجتهادات القضائية والاختلاف في أحكام القضاء -

(٢) و هذا ما سارت عليه فعلا نصوص قانون أيجار العمار العالي ، مثال ماورد في المادة (١٧/د) التي اعتبرت الزوج والزوجة والأولاد القاصرين أسرة واحدة ومن المفيد القول هنا أن المادة (٥٨) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد نصت على ما يلي : (تتكون الأسرة من الشخص وزوجته وأولاده) - قانون المادة (٣٨) مدني عراقي -

(٣) - نصت عبد المجيد بكر - شرح قانون أيجار العقار - ص ١٥٢ -
(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المزمع (٢٨٣٢/حقوقية /١٩٧/ المؤرخ في ١٢/١٢/١٩٧٩ - الموقائع العراقية - المجلد (١٤) - سنة الثانية - نيسان ١٩٨٠ - ص ١٦٣ -

والم يوضع النص أيضا المصنوع. وحدود البلدية بوجوه يوار إليها نهاية المصير أن
والأولى له أن يحدد في البلدية المندوبة. وهذا دفع - وليس المزاج - إلى اعتبار ذلك نصا
يوجب تلافيه (٩٥) .

ولا يشك أن النص المصنوع ساء هو حدود البلدية بوجوه أو حدود البلدية في
الحدود البلدية الأخرى (٩٦) .

ولا ضرر إذا كان الاختلاف - كما نعتقد - من جعل عبارة النص كما يلي :
في حدود البلدية بوجوه أو حدود بلدية البلدية ٠٠٠٠ (الخ) وبذلك نتجنب
الاختلافات الفقهية والصلابة التي يسببها وضع النص التالي .

ولقد أثار موضوع تحديد العقار المنتاجر في حالة بناء المستاجر أو اشتراكه
حيثما كان المزارع المستاجر قد سكنت فيه زوجة المستاجر الثانية ، اختلافنا
رأينا في حدود المزارع المنتاجة من قبل محاكم الاستئناف انظر ، بالاختلاف
الذي تناول الإجراء - واجتهادنا بنظرنا أرجح هذا الموقف القضائي أو ذاك من
موضوع الخطية .

- (٩٦) حين عدائي التجميعي - المصنوع السابق - ٩٨ .
(٩٧) ولم يضمن قانون تنظيم أيجار المزار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ حد محدود
نصا مما لا ، إلا أن القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٥ أضاف الفقرتين (د - ح)
إلى المادة الخامسة من القانون المذكور وقد جاء فيها :
أ - إذا بنى المستاجر في حدود البلدية التي يقيم فيها عائلة .
ب - إذا تملك المستاجر في حدود البلدية التي يقيم فيها عائلة مزارع خالية
أو يستطيع أن يملكها بموجب أحكام هذه المادة - كما نص القانون وقسم
(١٩٦٦) لسنة ١٩٧٨ والذي على حاتين الحاليتين في المادة (٢٣) / ط : التي
تقول : إذا بنى المستاجر أو تملك مزارعاً للمساكن في حدود بلدية
البلدية التي يقيم فيها عائلة .

فقد طعن محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بما يلي :-

مقتضىات أن المستاجر يسكن زوجته الثانية في الدار التي جميعها لـ...
يعلم بتخليفة المأجور الذي يسكنه مع زوجته الأولى ، لأن الزوج مكلف قانوناً
بتهيئة بيت ضروي مستقل لكل زوجة من زوجاته (١) .

بينما ذهبت محكمة استئناف بابل إلى رأي معاكس ، حيث (يحكم عظمى
المستاجر بالتخليفة إذا تملك داراً ولو أسكن فيها زوجته الثانية) (٢) .

واعتمدت محكمة استئناف البصرة نفس الموقف المختل من قبل محكمة

استئناف بغداد بقولها :-

القرطوم المستاجر بالتخليفة بسبب امتلاكه داراً ما كانت زوجته الثانية
ترفض السكنى مع زوجها ، وكلفت داره لا تنسج ليكني الزوجتين
فكولاً بصام (٣) .

وقد تبادل رجال القانون الآراء حول صحة هذا القرار أو خلافه . عقديين
المبررات القانونية والعملية للدفاع عن آرائهم (٤) .

وفد لاحظنا سابقاً الحكة من وراء وضع التشريع لنص المقتربين (زوج) والتي
تجلى في حماية المستاجر وسكنه في دار يطعن إليه وعائلته مطالباً بتوفيق

(١) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٨٦٤) / حقوقية / ١٩٨٠ ، فـ...
١٩٨٠ / ١ / ٢٦ ، مجموعة الأحكام العملية - العدد الثاني ، السنة (١١) -
١٩٨٠ - ص ١٧٨ .

(٢) قرار محكمة استئناف بابل المرقم (١٨٩) / حقوقية / ١٩٨٠ في ١٩٨٠ / ١ / ١٤
- الوقائع العملية - العدد (٣٣) - السنة الثانية - أب ١٩٨٠ - ص ٣٧٩ .
(٣) قرار محكمة استئناف البصرة المرقم (١٢٣) / ت / ١٩٨٠ في ١٩٨٠ / ٨ / ٩
مجموعة الأحكام العملية - العدد الثالث - السنة الخامسة عشرة - ١٩٨٠ -
ص ١٤٧ .

(٤) راجع امر هذه المناقشات في الوقائع العملية - العدد ٢٢ - السنة السادسة
لثانية - ٣٢ أب - ١٩٨٠ - ص ٥٧٦ - كلام الشيخ ياسين - قواعد ابيوز
المعار - ص ٢٢٤ .

الأسباب القانونية لذلك ، في حين أن هذا المستاجر حينما يهبط أو يمتلك مكانا فإن مثل هذه الحماية تقتضي وينعكس الأمر لصالح المجرى الذي يمد هو الإغمر مواطنا لا يمد من حماية مصالحه والمجملولة دون أفراد المستاجر (الذي شبه هو تلك عقلا) على حساب ، حيث يطلب من المستاجر السكن في عقاره وتركه عقار الزجر وفقا للقانون .

إلا أن مثل هذا الوضع - كما نرى - لا ينطبق على الشخص الذي يمكن زوجته (الأخرى (٢) في المقار المستاجر في حين يمكن زوجة ثانية في المقار المشهد لو المكون . إذ أن أسباب حماية المستاجر من قبل المشرع لا زالت باقية لم تنته بعد ، فالمشرع الذي يحمي أسرة المستاجر الأول ، يحس في الوقت نفسه أمرته الثانية أو الثالثة ، لذلك فإن ما ذهب إليه محكمة استئناف بغداد ومحكمة استئناف البصرة بعد صحيحا لا ثابته فيه .

إلا أن الأمر لا ينتهي عند هذا الحد ، بل لابد من معالجة جذرية تضع حدا لهذا الاختلاف القضائي المبين ، ويتم ذلك في تقديرنا من خلال الوصلتين التاليتين :-

مدرس معالجة امر الفرتين (٢) بما يكفل توضيح هذا الامر ويظهر أهداف المشرع المروفة .

مدرس تعديل المادة (٢٢) من قانون أيجار المقار التي لا تميز المطن في الدعاوى الناشئة من أحكام هذا القانون بطريق تصحيح القرار التمييزي ، حيث تشتمل محكمة الاستئناف في النظر تمييزا في العلون في طائفة من الأحكام ومنها الأحكام الخاصة بتعليق المجرور بدافع رغبة المشرع في التخفيف من أعباء محكمة التمييز (١) -

(٢) قد يكون الشخص هنا متزوجا بأكثر من ألتين إلى الحد الذي يسمح به الشرع والقانون .
(١) انظر المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية المعدل رقم (٨٢) لسنة ١٩٦٩ .

ولا شك بأن الإخذ بجواز الطعن بالقرارات الصادرة من محاكم الاستئناف من قبل محكمة التمييز (التي تعتبر قمة الجهاز القضائي والتي تتمتع بالحماية والخبرة المالية) - سيؤدي إلى توحيد الأحكام وعدم تشتتها بهذه الانتجاعات المختلفة التي لاحظناها على الرغم من اتساع جرح الموضوع المطروح على محاكم الاستئناف المختلفة ، كذلك فإن هذه المرحلة في تطور القرارات سيزيد من ثقة المواطن بقضائنا المراني المقتدر ، وعكس ذلك سيحصل في حالة التناقض لدى إصدار القرارات القضائية .

المطلب الخامس

عدم البناء أو إضافة طوابق جديدة اليه

أولاً - عدم البناء وإعادة بنائه

اعتبرت الفقرة (ط) من المادة (١٧٧) من قانون أيجار الطار ، عدم البناء لإعادة بنائه بشكل أوسع سبباً من أسباب التغطية بلوكها :-
(إذا أزيل المبنى عدم البناء لإعادة بنائه بشكل أوسع يشتمل على عدد أكبر من المساكن أو بشكل عبارة سكنية متعددة الطوابق لا تقل طوابقها عن خمس ثلاثة طوابق) .

ويبدو من نص الفقرة أعلاه أن المشرع أجاز لتمالك ناطح عدم البناء المبني لا يمتثل فيه أن يكون قديماً أو ايلاً للقوط ، ولر أن الغالب في ثلاثه الأيام بالهدم في حالة عدم البناء ، ولكن لا يستتبعه قيام المالك بهدم عقار لا يزال شيئاً بهدف بناء عبارة سكنية جديدة تضم عدداً كبيراً من الطوابق .

ولا شك بأن الحكمة من وراء هذا النص تتجلى في دفع أصحاب رؤوس الأموال الخاصة استعمار أموالهم في بناء الوحدات السكنية للتخفيف من أزمة السكن ، لئلا من أن هذا الاتجاه يسبب الحركة العمرانية في القطر .

وحى يفتق المشرع هذه الفاية أمتثل أن يضم البناء الجديد عدداً أكبر من المساكن أو عبارة سكنية لا تقل طوابقها عن ثلاثة طوابق . وهذا يعني

إن عدم الدار لا تكون بمثابة بشكل أوسع . أو القيام ببعض الترميمات أو التوسعات أو تقطيع المقار إلى عدد من الأجزاء لا يمنع لحكم هذا النص . لذلك فإن بناء عبارة تجارية منها كان عدد طوابقها لا يسطر الحق للمالك طلب التغطية، وبناء عبارة سكنية يقل عدد طوابقها عن ثلاثة طوابق لا يمكن للمالك طلب التغطية (٩) .

ولكن يطبق هذا النص بشرط أن يوجه المالك إلى المستاجر انذارا يرفق به صورة مصدقة من إجازة البناء مع الخاطلة قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ طلب التغطية (١٠) أن يشرح باهمم والبناء خلال مدة لا تزيد عن تسعين يوما من تاريخ التغطية (١١) ويتضمن هذا الإنذار إشعاراً للمستاجر بوجوب التزامه على عدم العقار (١٢) ويرفق مع هذا الإنذار إجازة البناء التي تصدر عادة من وحدات أمانة بغداد أو من الوحدات البلدية في المحافظات . ويجب أن تتفق خاطلة البناء مع إجازة البناء ، أما الاختلاف بينهما فقد يكون سبباً لرد الدعوى (١٣) كذلك فإن الإنذار يجب أن لا يخرج من البلد التي أصدرت إليها المقترة (١٤) من المادة (١٩) من القانون لذلك فإن طلب التغطية يجب أن يكون قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ طلب التغطية ، أما المطالبة بالتغطية خلال ثمانية أيام فمر لا سند له من القانون (١٥) .

- (١) لذلك دعت المحكمة دعوى المدعي حينما لاحظت بأن إجازة البناء والمخاطلة تفسر إلى طابقين فقط وهو ما يخالف نص المادة (ط) من المادة (١٧) . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غير منشور) .
- (٢) الفقرة الأولى من المادة (١٩) من قانون أيجار العقار . ومن الملاحظ أن هذه الفقرة لم تنسأ إلى ضرورة أن تكون خاطلة البناء مرفقة مع إجازة البناء . وهذا ما يشكل في تقديرنا نقصاً في النص لابد من تلافيه .
- (٣) قرار محكمة أيجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ٢٨/١٠/١٩٨٩ (غير منشور) .
- (٤) قرار محكمة أيجار عقار الكرخ العدد (٨١٠/ت/٨٩) في ١٩/١١/١٩٨٩ (غير منشور) .

وحسب لا يستغل المأجر هذا المصاح القانوني اعطى الحق للمستأجر في العودة
وشغل المأجور بالشروط السابقة أو الترخيص من الإضراب التي أصابته بسبب
التعطية ، إذا لم يباشر الهدم والبناء خلال مائة يوم من تاريخ انتظية دون عقد
مشروع (١) ، علما بأن القانون لم يحدد مدة معينة لإكمال البناء بعد حدمه وكل
الانتظار الخروج بالهدم والبناء خلال مدة لا تزيد على مائة يومين يوصفها
من تاريخ التغطية الفعلية .

ولم يكتف المشرع في هذا المجال بنص الفقرة (ط) المشار إليها ، بل
فرز ذلك بقرار مجلس قيادة الثورة للرقم (١٢٢٢) الصادر بتاريخ ١٤/١١/١٩٨٢
الذي جاء فيه :-

١ - ويجوز لملك الدار المأجورة أن يطلب تعطية داره لفرض حرمه وإعادة
بنائه بشكل عبارة سكنية متعددة الطوابق لا تقل عن ثلاثة طوابق .
٢ - يحتفظ المستأجر السابق للدار بمنته في استئجار أحده الترخيص السكنية
في المساواة الكاملة على أرض الدار بموجب عقد إيجار جديد يتم تنظيمه وفقا
لحكام قانون إيجار المأجور رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ وباجر شوي لا يزيد على
المصوص عليها في الفقرة (١) من المادة الرابعة من القانون المذكور .

٣ - إذا تم يباشر ملك الدار المأجورة ببناء العبارة السكنية خلال مدة سنة
واحدة من تاريخ التغطية الفعلية ، تصدر وتسجل باسم وزارة المالية (٢) .
ويبدو للنادي من أول وحدة بأن الفقرة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة
الرقم (١٢٢٩) المذكور تعد زائفة ، حيث تدعي أنها الفقرة (ط) من المادة (١٧)
المشار إليها ، بل إن هذه الفقرة تعد - كما نرى - أوسع مدى من الفقرة (١) من
قرار مجلس قيادة الثورة ، لأنها تشمل جميع أشكال إعادة بنائه بشكل أوسع
يشمل على حد أكبر من المساكن أو بشكل عبارة سكنية ، في حين إن الفقرة
الأولى من القرار (١٢٢٩) تنصم بناء للعبارة السكنية فقط ، وبذلك تتناول
جانباً من المشكلة ليس إلا .

(١) الفقرة الثانية المادة (١٩) من قانون إيجار المأجور .

ذلك بأن الفقرة (ط) من المادة (١٧)، يشير إلى رغبة المالك حسم المقار
ببعض مستعمل الفقرة الأولى من القرار (١٩٩٢) عبارة «يجوز للمالك السيد (أ)،
وبهذا بعد صيغة الفقرة (ط) أدنى - كما يحتفظ - من صيغة الفقرة الأولى مسكن
القرار، لأن كلمة المقار أوسع مدى، لا أنها تشمل كافة أنواع المقارنات التي لم
تكون مسكناً أو دكاناً أو مخزناً أو أي شيء آخر من المقارنات، التي يمكن المطالبة
بهدمها بحسبها لمطالبات نص المادة (١٧/ط) ، ولأجل حماية حق المستاجر بنظر
الطرف من نوع المقار المستاجر، فنقترح أن يكون نص الفقرة (٢) مسكن القرار
(١٩٩٢) كما يلي :-

ويحفظ المستاجر السابق للمدار يحق له في استئجار أحد المقارنات المالكسة
المقامة تطبيقاً لنص الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون إيجار المقار رقم
(١٧) من قانون إيجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بموجب عقد إيجار جديد
يتم تنظيمه وفقاً لأحكام قانون إيجار المقار وبأجر سنوي لا يزيد على النصف
المنصوص عليها في الفقرة (١-أ) من المادة الرابعة من القانون) .

كذلك نقترح أن تقرأ الفقرة الثالثة من القرار رقم (١٩٩٢) كما يلي :-

وإذا لم يباشر المالك المقار إليه في الفقرة (ط) من المادة (١٧) من قانون
إيجار المقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ بالهضم والبناء بدون عقد مشروع خلاله
بعد سنة واحدة من تاريخ التغطية الفعلية يساعد المقار ويسجل بأسم
وزارة المانية .

إن هذا النص المقترح يوفر لنا الميزات التالية :-

١ - استخدمت الفقرة (٣) من المادة (١٩٩٢) عبارة «مالك المقار المزجرة» فهي
حين أن إقرار المراد منه أنه لا يكون بالضرورة داراً وهذا ما تؤكدته عملاً
بعض القرارات القضائية، حيث جاء في بعضها :-

المزجر الذي يطلب تخطيطه لهضمه إذا كان الغرض من الهضم إنشاء بناء
يحتوي على طابق أرضي يستعمل على سبعة دكاكين وثيقة أرضية سكنية

وطا من من يشمل أربع شقق سكنية (١)

ب - جملة الفقرة (٣) في القرار رقم (١٢٢٢) المدة التي يجب أن يبائس خلالها المالك المقيم والبناء منه واحدة من تاريخ التغطية بدلا من فترة التسمين يوما انقضاء اليها في المادة ١٩٦/ الفقرة الأولى من قانون ايجار العقار وحسبما فعل المشرع بطاقته المدة ال سنة ، لان فترة التسمين يوما قليلة لفترة يراه فيها المقيم والمضروع بالبناء ، خصوصا اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار الصعوبات اجنية ومتطلبات مواد البناء وشحها شيئا او عدم توفر الايدي العاملة المطلوبة وخطورة وسهولة تقلبات السوق ، لا ان ما يؤخذ على نص هذه الفقرة انها اشارت الى مصادرة العقار وتسجيله باسم وزارة المالية ، ولا على بيان متى حدا الاجراء ليس بالامر السهل ، لانه يمثل اعتزاعا للملكية شخصي يتطرق أن تتوفر المبررات الكافية لانزاعها دون مقابل ، ولكي تحقق الاهداف التي يرمي اليها المشرع الوصول اليها ، لابد ان يكون عزوف صاحب العقار عن المقيم والبناء او عن احدهما (دون عذر مشروع) ولأن يترك أمر تقدير ذلك الى القضاء ، وهذا ما تضمنه اليه فعلا الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ من قانون ايجار العقار بقولها :-

واذا لم يبائس المقيم والبناء في اطار الذي اخلى مقتضى الفترتين (ب) ، (ج) من المادة السابقة عشرة بدون عذر مشروع ، ، ، ، ،

أي أن عدم المادة اشارت فعلا الى ضرورة عدم وجود عذر مشروع لتطبيق ما ورد فيها .

(١) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٢٢٦٢٢ / طرابلسية / ٧٧٩ / ١١ / ١٦ - ١٩٧٩ - الرادع اعملية - العدد ١٤ - نيسان ١٩٨٠ - ص ١٦١ .

ثانياً - إضافة طوائق جديدة الى المادة (١٧)

أوردت المادة (١٧) من قانون أيجار العقار سبباً جديداً لمنحلية الكليسة أو الجزئية ، هي رفقة المالك في إضافة طوائق جديدة يقتضي الصوره اليها تنطبق عرفة من المزار أو دكان أو جزء منه ، ويمتثل دوجا للصود تطوايكن العليا . وهذا سبباً يشجع على توسيع العمران (١٠) وله جاء ذلك في الفقرة (هـ) من المادة (١٧) التي تقول :-

(إذا أراد المالك إضافة طوائق جديدة الى بناء قائم وكانت نظية للملاجر كلاً أو جزءاً ضرورية بأشدر الذي تقتضيه مصلحة العمل) . (١)

ومن الملاحظ على هذا النص اشترته الى إضافة طوائق جديدة وهذا يعني أن ما يضاف من البناء يجب أن يكون طابقيين فأكثر ولا يجوز أن يكون طابقاً واحداً ، ولو أراد المستوع ذلك لنص عليه كما نص في المادة التاسعة من القانون . كذلك فإن النص لم يبين لنا نوع البناء القائم ، مما يعني أن العبارة تمت مطلقة تشمل البناء القائم بغض النظر عن نوعه كما لو كان كراجاً أو مغزلاً أو داراً

..... (١٠) غ (١)

(١) المذكورة الإيضاحية لقانون أيجار العقار .

(٢) وقد أجاز القانون لشمالك من ناحية أخرى أن يبنى مسكناً أو طابقاً أو أكثر في الملاجر إذا كان ينسج لذلك على أن لا يخالف نطه البناء المسول بها ولا يدخل اختلافاً جسيماً بمنفعة المستاجر ، كأن يبنى مسكناً أو أكثر في حديقته أو يبنى طابقاً آخر ليرتفع المالك به في اشغاله بنفسه أو بإيجاره للغير محتقاً بذلك مصلحته ومصلحة من له حابه في السكنى ، أما إذا كان الاختلاف جسيماً بمنفعة المستاجر فإن القانون يمنع ذلك من البناء وإذا لم يكن الاختلاف جسيماً جاز للمستاجر أن يطلب تخفيض الأجرة بما يناسب نقص المنفعة . راجع المادة التاسعة من قانون أيجار العقار وذكره القانون الإيضاحية - ومن أنجبير بالذكر أن ما نصت عليه المادة التاسعة المذكورة لا يحد سبباً مسبقاً أسباب المنحلية .

(٣) وقد لاحظ انقضاء العراق في أن البناء القائم يجب أن يكون نوياً يصلح لإضافة طوائق جديدة اليه ، أما إذا كانت الدار قديمة البناء (عريقة) فإنها لا تصلح أساساً لإضافة طوائق جديدة إليها مما يعني أن الفقرة (د) من المادة (١٧) من قانون أيجار العقار لا تمت منطبقة وبالتالي ترد دعوى طالب المنحلية .

لرأى محكمة أيجار عقار الكرخ - العدد (٧١٦/ت/٨٩) في ١٠/١٠/١٩٨٩
أخبر منشور المصار أنه سابقاً .

من ناحية أخرى فإن تخليع المقار هنا قد تكون كلية أو جزئية ، ولا يصحار
 إليها إلا إذا كانت ضرورية لاضافة الطوايق الجديدة ، وتقدير مدى هذه الضرورة
 يعود الى سلطة القاضي التقديرية ابغى يرى من خلال الاستماعة بالخير : ضرورة
 تخليع غرفة أو أكثر من المأجور استجابة لقطاعات المبل ، وقد لا يرى القاضي
 ضرورة لذلك ، كما لو كان اجناء العالم بقرار لطة فوض فاورعة تعود الى ذلك
 يستطيع ان يستخلصها لتعصب سلم لتعصب مواد البناء المطلوبة وهكذا .

ونكفي يطبق هذا النص لا بد ان يوجه المالك الى المتعاجر انذارا يرفق به صورة
 مصدقة من اجازة البناء مع خارطة البناء قبل مدة لا تقل عن تسعين يوما من تاريخ
 القطعية وأن يشرع بالبناء خلال مدة لا تزيد على تسعين يوما من تاريخ القطعية
 بالفعل (م ١/١٩) ، فان لم يبشر بالبناء خلال هذه المدة ويصون على مشروع
 للمساكن الحق في شغل المأجور بالشروط السابقة او التعويض عن الاضرار
 التي اصابته بسبب انتظالية (م ٢/١٩) اضافة الى العقوبة التي فرضتها على
 المؤجر الفقرة الثالثة من المادة (٢٢) من قانون ايجار المقار ، وهي الحبس
 الشديد مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات وجرامة لا تقل عن
 ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار او بأحدهما .

المطلب السادس

الفسرورة الملجئة

اعتبرت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون ايجار المقار النافذ الفسرة
 الملجئة التي تحول المؤجر مطالبة المستاجر بتخليع المأجور بقولها :ـ

« اذا استجفت بعد المدة ضرورة تلجئة الى سكنى الدار المأجور بنفسه ولم
 تكن له او نزوجته او لاسد اولاده أقاربين دارا اخرى على وجه الاستقلال
 يستطيع ان يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة ، ، ، ، »

ونكفي نطبق هذا النص لا بد من وجود علة ايجار بين طرفي العلاقة التعاقدية،
 وقد اودعت لسنة منه لدى دائرة شريعة المقار استنادا الى الفقرة المراهمة من

المادة السابعة من قانون ايجار العقار . ولستطيع ان نعين من خلال هذا العقد شخصية المؤجر والمستأجر لأعمال هذا الصبيب من اسباب التخليط .

كذلك فان هذه الضرورة يجب ان تكون (ملجئة) اولا وقد استجفت بمسند العقد ثانيا (١) . وهذا يعني ان الضرورة او الحاجة لوحدها لا تكفي لتخليط المؤجر . بل لابد ان تكون بالتوصف معينة سمها (المشروع (الضرورة (الملجئة) . والسؤال هنا ، ما المقصود بالضرورة الملجئة ؟

ذهبت محكمة استئناف البصرة الى انه ليس للضرورة للجنة تعريف شامل وضوابط عامة ، بل ان المسألة نسبية تختلف وتقلص حسب معايرها وتفسير بتفسير الظروف والملايسات التي تحيطها . (٢) ولكن محكمة استئناف منتقاة بأجل حالات وضع صورة مصغرة للضرورة الملجئة في محاولة منها لتعريفها بقولها :-

(هي ضرورة قصوى وحاجة حقيقية ماسة شديدة تفجر - للأجر إلى شغل داهي وهي بمثابة أخرى الضرورة الملجئة التي قرئت على المؤجر كرها وليس اختيارا . فيجب ان تكون اضرورة الملجئة خارجة عن اذلة طالب للتخليط لا مجرد رغبة يروم تحقيقها) (٣) .

(١) وهذا يعني ان الضرورة الملجئة اذا كانت قبل إبرام العقد فلا يستد بها وإذا كانت بعد العقد فلا بد ان تتأكد المحكمة من وجود مبرراتها في الفترة المصروفة بين إبرام العقد وإقامة الدعوى . لذلك ردت المحكمة دعوى التضييع بحسب ان تأكدت من عدم وجود اسباب ضرورية تعتبر من قبيل الضرورات الملجئة في الفترة بين إبرام العقد وإقامة الدعوى . انظر في ذلك قرار محكمة ايجار طار الكرخ المرقم (١٠٢٢/ت/١٩٨٩) في ٩/٩/٩٨٩ وقرارها المرقم (٣١٧/ت/٨٩) في ٨/٨/٨٩ (غير منشور) .

(٢) قرار محكمة استئناف منطقة البصرة المرقم (٢٦٦/ج/١٩٨٨) في ١٠/١٠/١٩٨١ ، انصار اليه . عصمت عبد المجيد بكر الضرورة الملجئة ٢٦ للكن - دار القادسية للطباعة - بغداد - ١٩٨٢ .

(٣) قرار محكمة استئناف يابل المرقم (٤٩٠/ج/١٩٧٩) في ١٢/١٢/١٩٧٩ مجلة اوقائع المدنية - العدد (١١) - السنة (١) - ص ٨٣ ، وقرارها المرقم (٥٤/ج/١٩٨٠) - مجلة اوقائع المدنية - العدد (١٩) السنة (٢) ص ٢٨٥ .

وقد سار القضاء العراقي في اسس القرارات التصادية منه على هذا المنوال، حيث لا يجوز أن ينطق المؤجر لنفسه ضرورة ملجته يطالب بسببها بتعطية المأجور (١٦) .

وعلى كل حال فإن تقدير الضرورات الملجئة أمر يعود أولاً وأخيراً لسلطة القاضي التقديرية، ويضع عبء اثباتها على عاتق المؤجر الذي يصبها وليس أن يسحب في سبيل اثباتها بجميع طرق الاثبات .

وقد حصر المشرع الضرورة الملجئة بالدار المستأجرة فقط . وهذا يعني أن هذا السبب من أسباب التعطية لا ينصرف إلى غير الدور المستأجرة كالحوائط والمخازن والمحللات وغيرها . وكما نلاحظ استخدام عبارة (سكنى المأجور) بدل عبارة (سكنى الدار المأجور) لأن كلمة مقار تعد اشمل ، حيث تضم الشقق السكنية والمتمللات بالإضافة إلى الدور السكنية . كما حصر المشرع الضرورة هنا بالمؤجر نفسه دون أن ينصرف ذلك إلى أولاده المتزوجين . كما كان الحال عليه سابقاً في الفقرة (د) من المادة الخامسة من قانون تنظيم ايجار المقار وضع (٦٧) لسنة ١٩٧٣ (القاضي) . ولكي يطبق هذا النص ينتو ط أن لا يكون للمؤجر لو زوجه أو أحد اولاده القاصرين داراً أخرى يسكنها في حدود المدينة التي يقيم فيها ناده . ويبدو أن المشرع اعتبر مسؤولاً أسرة واحدة ، لذلك فإن امتلاك أي منهم داراً في حدود المدينة التي يقيم فيها عادة يتجني الملك في النص التي أريد فيها سكن المؤجر في المأجور بسبب حاجته الخاصة إليه . فإذا انتفت

(١٦) هناك ذلك طلب المدعي تعطية الدار التي تملكها لكونه يسكن مع أقصراده هائلته في غرفة واحدة غير مريحة . وقد طعن لمحكمة أن المدعي عند تملكه لهذه الدار كان يسكن داراً واحدة تعود لوالدته . لذلك تكسرون الضرورة الملجئة غير متوفرة . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (٥٠٠/ت/١٩٨٨) في ١٩٨٨/٥/٢٩ (غير منشور) . كذلك فإن بيع المالك لداره واستجباؤه لدار أخرى لا تكفي لماتلكة انكبيرة نس طلب تعطية داره المستأجرة بصورة عدم امتلاكه داراً لا يحد ضرورة ملجئة ، لأن منه الضرورة كانت من خلصى المؤجر . قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (١٧٢/تخلى/١٩٨٧/١٩٨٨) في ١٩٨٧/١١/٨ (غير منشور) . وانظر في نفس الاتجاه قرار محكمة أيجار عقار الكرخ المرقم (٤٠٢/ت/١٩٨٦) في ١٩٨٦/١/١٤ والذي جاء فيه (ندو يطعن لمحكمة بأن المدعي يحاول أن ينطق لنفسه الضرورة الملجئة) .

مفد الحاجة بسبب وجود دار أخرى لهذه الأسرة فلا يبنى مجال لطلب التخلي.
لذلك يجب على المحكمة أن تتأكد عند إقامة دعوى التخلي لهذا السبب من عدم
امتلاك الزوج أو زوجة أو أحد أولاده المقاصدين داراً على وجه الاستقلال (١٦).
من خلال الاستمارة بملفات الأحوال المدنية ودوائر التسجيل العقاري المختصة.

التطبيقات التشريعية للضرورة الملحة

بعد أن وضعت لنا الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم
(٨٧) لسنة ١٩٧٩ الأساس القانوني العام للضرورة الملحة، أوردت لنا بعد
ذلك بعض الحالات التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي جنسوا
القياس عليها (٢).

وسنأتي على شرح هذه الحالات تباعاً.

أولاً - النقل بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو إنشاء المنطقة

نصت الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة
١٩٧٩ على ما يلي:

«إذا كان المؤجر من العاملين في دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي، ومن
مستكرين أو رجال شرطة أو موظفين أو عمال، سواء داخل القطر أو خارجه،
ونقل إلى المدينة التي فيها داره بناء على مقتضيات المصلحة العامة أو الترتيب
التي لا يسيب كان (٣)»

يشير النص إلى حالتين من حالات الضرورة الملحة أحدهما نقل أحدهم
الأشخاص الموصولين في النص بناء على مقتضيات المصلحة العامة إلى المدينة

(١) فإذا كان المؤجر يملك داراً مشتركة فإنه لا يعتبر وفقاً لهذا النص مالكاً
لدار أخرى.

(٢) الفقرة (١٥) من المذكرة الإيضاحية.

التي يقع فيها المأجور . وثانيها انتهاء خدمة أي من هؤلاء دون تحديد
أسباب ذلك (١) .

وعلى هذا الأساس فإن النقل يجب أن يكون بناء على مصلحة الأسرة
التي يصل فيها الشخص المنقول . وليس على طلبه هو . على الرغم من أننا
نسلم بحقيقة لا مناص منها ، وهي أن النقل يتم دائماً بناء على ما يحقق مصلحة
للدائرة التي يصل فيها الموظف ، حتى وإن كان الطلب قد قدم من قبله .
حيث إن هذا الطلب لا يلزم الدائرة إذا كان يتناقض مع مصلحتها الشخصية
تمنير أهم وأفضل من المصلحة العامة .

كذلك فإن النقل يجب أن يكون إلى المدينة التي يقع فيها المأجور (٢) ، أما
إذا كان النقل إلى مدينة أخرى ولو كانت قريبة من المدينة التي يقع فيها
المأجور فلا يطبق النص (٣) .

ومن اللائق بمناسبة تطبيق هذا النص أن نوظف قد نقل بناء على
معضيات المصلحة العامة إلى مدينة يقع فيها المأجور العائد لزوجته وقد سار
القطاع العراقي على أمثلة الزوجة المقيمة حق طلب تغطية المأجور .
السبب في السكن فيه مع زوجها ما دام لا يمتلك داراً أخرى ، باعتبار أن

١٦ ونذكر بأن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٠) في ١٦/٣/١٩٨٧ المتخذ
أليه سابقاً ، قد اعتبر جميع الأعمال في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي
موظفين يتساوون معهم في الحقوق والواجبات ، علماً بأن نص الفقرة (١/د)
لا يشمل العمال في القطاع الخاص .

(١) استخدام النص كلية (دار) وقد يكون المأجور شقة سكنية أو مستعلا .
(٢) قرار محكمة استئناف بغداد المرقم (٢٥٦٠/حقوقية/١٧٩) قسماً
١٩٧٩/١٢/٤ - اللوائح المدنية - السنة الثانية - المجلد - ١٤ - نيسان
١٩٨٠ - ص ١١٠ . وأما القرارات القضائية التي أشار إليها د. عصمت
عبد الحميد بكو - أحكام تغطية المأجور - المصدر السابق - ص ١٢٩ هاتين
١٧٢ .

الزوج والزوجية والإرلااد الفاصرين يشكلون أسرة واحدة (٣) . وقد يحصل لعكس
أي أن المقول جاء على مقتضيات المصلحة العامة هي الزوجية بينما تمرد بالكلية
المأخوذ إلى الزوج مما يعني جواز تطبيق نفس الحكم في هذه الحالة - ومن
الجدير بالملاحظة أن نص المقرة (١٩-٢٠) من المادة (١٧) لم يوضح لنا هذا
الأمر بشكل حلي على الرغم من أن انبعاث القضاء المرابي يسمح - كما نعتقد
مع المطلق القانوني واحتملي - إلا أن تعديل هذا النص بما يحقق مقتضىاته
قد يعد أمرا ضروريا جعلها بسيد من الاجتهادات القضائية والإختلاف من
إصدار القراءات .

وعلى كل حال فإن نولى مبادئ القاضى الأساسية القائمة من طبيعة المثل
الموظف وأنه تم بناء على مقتضيات المصلحة العامة . ويحصل ذلك من خلال
طلب نسخة من الأمر الإداري أو طلب إثارة الموظف برمته أن كان الأمر
يقتضى ذلك .

وفي حالة نقل الموظف إلى مدينة يمتلك فيها عدة دور ، نرى أن من حق الموظف
اختيار الدار التي يشاء ، ولا يستطيع المستأجر الاعتراض على ذلك لمببين :-

أولهما أن النص جاء مطلقا وغير ملبد بهرود (ثانيها أن هذا الاختيار

يعتبر - في تقديرنا - مسألة شخصية للموظف بالأجر وظروفه ومآثراته

ولذلك لا يجوز أن نحيل النص أكثر مما يحصل بإعطاء المأثر حق الاعتراض
على هذا الاختيار من أجل أن يختار المالك دارا أخرى يحتلها بها صلح له .

الحالة الثانية التي مالبها النص تتأخر الخصة لأي سبب كان كالتقاعد

والفصل والاعتزال والاستقالة . وقد حاول التصريح هنا أمانة المصلحة لعدم

الموظف الذي تنتمي خدمته للإستقرار في المدينة التي يملك فيها دارا للسكن
سواء كانت المدينة التي يقيم فيها عادة عند انتهاء خدمته أو كانت مدينة أخرى

(٣) أراد محكمة استئناف بغداد رقم (٢٢٤٢) حقوقية / ٩٧٩ في ١٦/٧/١٩٧٩ -
للقوانين المدنية - السنة الثانية - العدد الثامن - كانون ١٩٨٠ ص ١١ .

كمسقط رأس . وبمض هذا التطبيق بشكل خاص بالنسبة للوظف الذى يمكن
دارا حكومية بسبب وجوده فى العمل الوطنى ، ولابد له من اخلائها بسبب
تركه النشاط الرسمى .

ثانيا - عودة المؤجر من الخارج بعد انتهاء مهمته العلمية او الوظيفية

عالجت الفقرة (ك) من المادة (١٧) من قانون ايجار العقار النافذ حالة اخرى
من حالات الطرورة الملحة تخص عودة المؤجر الى المدينة التى تقع فيها الدار
المستأجرة بعد انتهاء مهمته العلمية او التدريسية والوظيفية . وقد تمثل ذلك
فى البندين الثانى والثالث من الفقرة (ك) التى تقول :

(٣ - نه اذا كان المؤجر ممن ذكروا فى لفقرة السابقة وانهى دراسته او
تدريسه خارج العراق وعاد الى المدينة التى تقع فيها داره .

بمجرد ان كان المؤجر موظفا معارة خدماته الى خارج القطر او طالب بعثة
او زمالة او اجازة دراسية او طالبا يدرس فى الخارج بموافقة الحكومة
العراقية وعاد الى المدينة التى تقع فيها داره بعد انتهاء مهمته الوظيفية او
العلمية .

ويبدو واضحا من النص الاول انه يشمل المؤجر اذا كان من العاملين فى
دوائر الدولة او القطاع الاشتراكى من عسكريين او رجال شرطة او موظفين
بعد ان ينهى دراسته او تدريسه خارج العراق وليس داخل العراق . ولم يحسم
لنا النص مدة الدراسة او التدريب التى يستطيع معها المؤجر ممارسة حقّه
فى طلب التخلي . والفى الاخر الذى يشير اليه نص الفقرة (ك-٢) هو ان
العودة يجب ان تكون الى المدينة التى يقع فيها المأجور . وهذا يعنى عدم كفاية
العودة الى الوطن ، اذ ربما تكون هذه العودة الى مدينة اخرى غير تلك التى
يقع فيها المأجور . وبذلك تنتفى العلة من وجود هذا النص التى اراد فيها
توفير السكن لفئات او المجموعات الخاصة الى الوطن وتخليصه من جهد كبير
سعى اليه عن مكان الى

ثم جاء نص الفقرة (١٤) متصلا لنص الفقرة السابقة فأعطى الحق للموظف المارة خدماته الى خارج القطر في ان يطالب بتخليه داره بعد انتهاء مهنته الوطنية وعودته الى المدينة التي تقع فيها الدار المستأجرة (١) . ويبدو واضحا عدم شمول النص للموظف المارة خدماته داخل القطر ، ولا يشمل أيضا إيجاد الموظف الى الخارج للعمل هناك . مما اعتبره البعض بحق نقصا في النص يجنب تلافيه (٢) .

ويشمل نص الفقرة (١٥) طالب البعثة الذي يدرس على حساب الحكومة العراقية والمنسحب بزمالة قد تكون دراسية او تدريجية ، كذلك المنسحب بإجازة دراسية قد تخصص للدراسة في إحدى الجامعات العربية او الأجنبية . وأضاف النص حالتين جديدتين حيث يشمل بحكمه الدارسين خارج العراق يمولها الحكومة العراقية ويواصلون دراستهم على نفقتهم الخاصة . وتعد هذه النقطة بعيدا عليها للفرع فتشجعا للدارسين على حسابهم الخاص بعد حصولهم على الموافقات الاصولية .

ويشترط دائما بالنسبة لمن اشارت اليهم الفقرة (١٥) العودة الى المدينة التي تقع فيها الدار المستأجرة ، ولا يكفي بالمودة الى الوطن فقط . كذلك لا بد من انتهاء المهنة الوطنية او العلمية . وهذا يعني ان العودة قبل ذلك لا يمنح المخرج حق المطالبة بالتخليه .

ويبدو للفاري ببساطة ضرورة البتدين (١٥) من الفقرة (١٤) في بدء واحد به التضمنين بينها دفعا للتكرار الذي لا بد له وتقتصر ان يكون النص بشكل التالي :-

(١) وقد اجاز قرار مجلس قيادة الثورة لرقم (١٢٥٧) في ١٩٧٨/٩/٢٤ اجازة خدمات الموظف للنقل في الاقطار العربية والمجالس والمنظمات والمؤسسات والشركات المشتركة العربية والاجنبية والدولية - نشر القرار في الجريدة الرسمية - العدد (٢٥٧) في ١٩٧٨/١٠/٩ -

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر - أحكام تكميلية للاجود - المصدر السابق ص ١٥٩ -

وأذا كان المجر من ذكر أو في الفترة السابقة أو كان موظفا متقاربا حسب ما
 في الخارج أو طالب بمنة أو زمالة دراسية أو طالبا يدرس في الخارج
 بموافقة الحكومة العراقية إلى المدينة التي يقع فيها منزله بعد انتهاء
 مهنته الطبية أو العلمية أو الإدارية (١٦)

ثالثا - حالة المجر العسكري

أضاف البند (١٦) من الفقرة (١٦٩) حالة جديدة من حالات الضرورة الملجئة
 خص بها المخرج المجر إذا كان عسكريا بالقبول :-

وأذا كان المجر من العسكريين وانظر بالخطر بالبلاد أو القسوة بالمكروهات
 التي يمكنها «بأمر من جهة معولة بذلك» أو بالخطأ الإداري يستلزم بدونه
 مستأجر ، نظيفا لحكم بالتغطية مكسب درجة انبثاق .

ويبدو لنا ان هذه الحالة كانت تخضع للقاعدة العامة التي وضعتها الفقرة
 (١٦) من المادة (١٦٩) ، بمعنى ان تزل هذه الأسباب الضار إليها في البند (١٦)
 قد يدفع القاضى أساسا للحكم بالضرورة الملجئة يفتى النظر من مصلحة
 المجر أي سواء كان المجر عسكريا أم مدنيا . وتعد هذه الحالة تطبيقا
 لخاصية الضرورة الملجئة . ولكن استخدام المخرج المجر بالمعنى واسطانه
 بعض المزايا التي تنفق مع طبيعتها ، دفع المخرج الى نقل هذه الحالة من
 مرتبة التطبيقات القضائية التي تخضع لسلطة القاضى التنفيذية الى مرتبة
 التطبيقات التنفيذية التي تنحصر فيها سلطة القاضى الى حد بعيد .

(١) ومن القرارات القضائية الحديثة بهذا الشأن ما جاء بقرار محكمة اجلاس
 طار الكرخ الرقم (٢٠٩/٢٠٩/١٩٨٩) في ١٠/٧/١٩٨٩ وشهر كانون الثاني
 يقول :- «ثبت للمحكمة تحقق الضرورة الملجئة للمدعى بسبب سفره في
 اجازة دراسية في الخارج وبموافقة الحكومة وعودته بعد انتهاء مهنته الطبية
 استنادا الى كتاب موجه رسمي المبرر من قبله ... الخ »

(٢) وقد حصلت هذه الاضافة بموجب القانون رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٢ المنسود
 في الجريدة الرسمية بعدها الرقم (٢٩-١) في ١٣/٦/١٩٨٢ .

ولكي يطبق هذا النص لابد من الانتفاذ إلى ضرورة تحقق شروطه ، في أن يكون المأجر عسكرياً ، وقد أخطر بإخلاء الدار أو الحصة التي يشتملها من جهة مخولة بذلك (١) ، ولا شك بأن المحكمة مبتدئة من هذا الإخلال أولاً ، ومن الجهة المختصة المخولة بإصداره ثانياً ، من خلال طلب نسخة من الإخطار ، والحالة الثانية التي أشار إليها النص ، حالة إخلاء الدار التي يفتلها العسكري بصفة مستاجر ، ولهذا تحكم بالتخلية مكتسب درجة البتات (٢) ، وهذا يعني أنه لا يكفي مجرد إقامة دعوى التخلية على المأجر العسكري أو حتى صدور حكم بالتخلية ، بل لابد أن يكتسب هذا الحكم درجة البتات ، باستفاد طرق الطعن القانونية ، ثم يردع هذا الحكم بآلة التخلية المختصة (٣) .

وأما - إيلولة الأجور للموقوف

يعتبر المطار إيلاً للموقوف حينما يشكل من الناحية المبرانية خطراً على حياة الساكنين والجوار وماير السبيل على حد سواء ، وقد اعتبرت الفقرة (د) من المادة (١٧٧) إيلولة الأجور للموقوف سبباً من أسباب التخلية ، وكانت الفقرة (و) من المادة الثامنة من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٣ والفقرتين نصي على الدار والكافة والقتل .

- (١) تفضل استخدام عبارة أخطر بإخلاء المطار الذي يمكنه بدل هذا لعدد .
- (٢) تفضل هنا أيضاً استخدام كلمة (مطار) بدل دار ، لأن المطار يشمل ما يليه .
- (٣) د. محسن عبد المجيد - أحكام تخلية الأجور - ص ١٦٢ .

إذا ثبت بموجب وثيقة رسمية صادرة عن دائرة البلدية التي تقع في الدار المستأجرة أصبحت إيلة للسقوط - ويتضمن منها كلتي

ملاحظة المواطنين (١) *

ويلاحظ بأن نص الفقرة (ل) جله موجز ولم يوضح الكثير من الأمور - الضرورية وخصوصاً ما يتعلق منها بكيفية إثبات إيلولة المأجور للسقوط ومنه يعتبر ذلك مصدراً للخطر سواء على الساكنين فيه أو على العقارات المجاورة أو على المواطنين بشكل عام - لذلك نقترح وضع النص التالي *

إذا أصبح المأجور إيلة للسقوط ويتضمن منه على سلامة المواطنين بموجب وثيقة رسمية صادرة عن جهة مختصة - ويمكن أن تكون هذه الجهة البلدية التي تقع الدار في حدودها ، حيث يؤيد المهنس المختص فيها إيلولة العقار للسقوط ، كذلك يمكن أن تكون هذه الجهة المحكمة المختصة بعد إجراء التكليف التوقيعي للعقار للتأكد من حالته ، حيث نستعين المحكمة في مثل هذه الأحوال بمعرفة أهل الخبرة بالإضافة إلى شامتها (٢) *

ولا يشترط لتطبيق هذا النص انقضاء مدة عقد الإيجار ، كذلك لا يشترط قيام المالك ببناء العقار الأعلى للسقوط بعد هذه ، ولا يلزم من الناحية القانونية إعادة تأجير المستأجر السابق *

والسؤال الذي طرحه الفراح والمتخصصون في هذا الميدان هو : - هل يشترط طلب الإخلاء لهذا السبب من يملك العقار فقط ، أم يجوز للمؤجر غير المالك طلب الإخلاء أيضاً ؟

(١) ومن الملاحظ أن هذا النص يتفوق الضرر لجملة أسباب ، منها أنه أشار إلى الدار المستأجرة فقط ، في حين كان يجب الإشارة إلى المأجور بشكل عام ، لأن الإيلولة للسقوط وخطورتها لا تقتصر على الدار المستأجرة فقط بل تمتد إلى كل عقارات المستأجرة لأغراض أخرى سواء أعلت أم لا يمكن أو لم تكن كذلك - وقد خصص هذا النص أيضاً الحصول على وثيقة رسمية بموافقة البلدية فقط ، وفي ذلك تطبيق لا مبرر له ، على الرغم من أن دوائر البلدية قد تكون الأقرب إلى هذا الموضوع من غيرها ، إلا أننا يجب أن لا ننسى دور القضاء الفاعل في إمكانية التبليغ حالة المأجور *

(٢) انظر قرار محكمة استئناف منطقة بنساعة بالتميز رقم (٤٧٢٣) / ١٩٨٠ / ١٦ / ١٢ ، أشار إليه المحامي محمد خليل الرامي - المصدر السابق - ص ١٦٤ *

د ب رأى ان ان ازالة القطار او دمجها ، فقد عتبرت من صور التصرف في
 ربح لا ياربها الا المالك ، ولذلك فلا يجوز طلب الاخلاء لهذا السبب الا من
 المالك . و قد علم هذا الرأى موقفه من المادة (٥٩) المعدل من نظام المشرق
 لسنة ١٩٤٢م (١٩٤٢) لسنة ١٩٤٥ التي قد تقدم بها وان (صاحب) أي صاحب
 القطار (صاحب المثلثة (٦) . ولكن هناك من يعتقد بان للقطار ولو لم يكن
 ملكا الحق في طلب الاخلاء ايضا لان مسؤوليته هنا يمكن ان يسيب المستأجر
 من ضرر بسبب عدم اعادة الترامه بمياه التاجور من مسؤولية تقنية . فلابد
 ان يدفع هذه المسؤولية ، يجب ان يسبح له بالمطالبة بالمعوية (٦) .

واذا كان القطار مسؤولا لعدة اشخاص ، يرى البعض بان طلب الاخلاء يجب
 ان يشترط به م سببا . الا ان يكون احدهم مفرضا في ذلك من الباقين بالمال او
 ببعض حكم قضائي او نص (١) . (٢) بينما لا يميل اتجاه اخر الى ذلك ويرى
 انه خطرا من الناسة الواضحة لما في القطار الا ان للمسكون من خطر على سلامة
 السكان . فضلا عن ان طلب الاخلاء لاجتياج القطار الى الترميم يعتبر من افعال
 الخط التي يجوز لكل ضريفة في الشروع ان يتخذها ، ولو كان ذلك بغير
 مراعاة الشركة (٦) .

(١) كاطم الفصح ج ١م - ج ١٠٤٢ أيجار القطار - ص ١٧٢ .

(٢) د - محمود العائري - ص ٢١٧ .

(٣) كاطم الفصح ج ١م - نفس المصدر - ص ١٧٢ .

(٤) د - محمود العائري - ص ٢١٧ .

فهرست الكتاب الثاني

عقد الإيجار

الفصل التمهيدي

أهمية عقد الإيجار وخصائصه

أولاً - أهمية تاريخية

ثانياً - أهمية عقد الإيجار من الناحية الاقتصادية والاجتماعية

ثالثاً - تعريف عقد الإيجار

رابعاً - عناصر عقد الإيجار من حيث الموضوع والمحل

خامساً - تمييز عقد الإيجار عن غيره من العقود

الباب الأول

التمتع بعقد الإيجار

الفصل الأول : التمتع في عقد الإيجار

المبحث الأول : الاعلية في عقد الإيجار

المبحث الثاني : من له الحق في الإيجار

المبحث الثالث : القيود الواردة على التمتع في عقد الإيجار

الفصل الثاني : في عقد الإيجار

الفصل الثاني : المبحث في عقد الإيجار

المبحث الأول : التمتع بالاجرة

المبحث الثاني : الاجرة

المبحث الثالث : مدة الإيجار

الباب الثامن

أحكام عقد الإيجار

- الفصل الأول :- التزامات المؤجر -
المبحث الأول :- تسليم المأجور -
المبحث الثاني :- التزام المؤجر بصيانة المأجور -
المبحث الثالث :- التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق -
المبحث الرابع :- ضمان المؤجر لميوس المأجور وتخلّف الوصف فيه -
المبحث الخامس :- أخبار دائرة القرار واجتماع لجنة عن عقد الإيجار

- الفصل الثاني :- التزامات المستأجر -
المبحث الأول :- الالتزام برضاء الاجرة -
المبحث الثاني :- الالتزام بالمحافظة على المأجور
المبحث الثالث :- رد المأجور
الفصل الثالث :- طبيعة حق المستأجر واكتسوف فيه -
المبحث الأول :- طبيعة حق المستأجر -
المبحث الثاني :- الإيجار من الباطن والتنفذ عن الإيجار

- الفصل الرابع :- انتهاء عقد الإيجار -
المبحث الأول :- انتهاء الإيجار بانقضاء مدته -
المبحث الثاني :- انتهاء الإيجار بسبب وضع أحد المتعاقدين
المبحث الثالث :- انتهاء الإيجار بسبب انتقال ملكية المأجور
المبحث الرابع :- أسباب التخلية في قانون إيجار القرار وقسم
٨٧ لسنة ١٩٦٩ الفصل ٠

أهم مصادر الكتاب الثاني

عقد الإيجار

- ١ - يرواح محمد عطا الله - الوسيط في قانون إيجار المأكلين - مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية - بلا سنة طبع
- ٢ - توفيق حسين فرج - عقد الإيجار - الدار الجامعية - بيروت ١٩٨١
- ٣ - حسن حماد الديبيلي - شرح قانون إيجار المأكلين - ط١ - ١٩٨٣
- ٤ - رمضان أبو السعود - دروس في العقود المسماة - عقد الإيجار - القانون المدني المصري والمصريين الدار الجامعة ١٩٨٦ .
- ٥ - زكية عبد الفتاح - بينر الفليس - الجوانب الاجتماعية والقانونية للعلاقات الإيجارية في ضوء قانون إيجار المأكلين رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ - وثائق العدل - مركز البحوث القانونية سنة ١٩٨٤
- ٦ - ط٢ - مطبعة الثاني ١٩٧١ .
- ٧ - الرجيز في شرح العقود المسماة - ج١ - عقد الإيجار -
- ٨ - مسير عبد السيد تناغر - عقد الإيجار - الدار الجامعية - ١٩٨٤ .
- ٩ - محمد خليل الراعي - شرح قانون إيجار المأكلين - ط١ - ١٩٨٣ .
- ١٠ - سليمان مرقس - عقد الإيجار - ط٢ - ١٩٦٨ .
- ١١ - سليمان مرقس - المطول في شرح عقد الإيجار ١٩٥٤ .
- ١٢ - كتاب نوح منصور - القانون الإداري - الكتاب الأول - ط١ - دار المراق للطبع والنشر ١٩٧٩ - ١٩٨٠ .
- ١٣ - صاحب عبية الفناوي - ملاحظات في قانون إيجار المأكلين رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ - المجلد السابع - العدد الأول والثاني ١٩٨٨ .
- ١٤ - ١٩٧٩ المجلد - مجلة العلوم القانونية -

الكتاب الثالث

عند المقابلة

تمهيد :

التعريف بمقد المقاول وأهميته وخصائصه وتكوينه
وتمييزه عما يشبهه به من عقود أخرى .

تناول القانون المدني العراقي أحكام مقد المقاول في الفروع الأولى من الفصل الأول في الباب الثالث من الكتاب المخصص للعقود المسئلة الواردة على العمل المعتبر (مقد المقاول والاستصناع) وقد خصص له التشريع سبعة وعشرون مادة من المادة ٨٦٤-٨٩٠. وعرف مقد المقاول في المادة (٨٦٤) ونسب للفقرة الثانية من المادة ٨٦٥ عرف عقد الاستصناع. ثم تناول التزامات المقاول في المواد من (٨٦٦-٨٧٢) - وشاؤك في المواد من (٨٧٣-٨٨١) القواعد رب العمل - ثم بعد ذلك تكلم عن أحكام المقاول من الباطن في المقاول القانوني (٩١) في المادتين (٨٨٢ و ٨٨٣). ثم تناول أخيراً الأسباب التي ينتهي بها عقد المقاول في المواد من (٨٨٤-٨٩٠) - وسوف نسير في دراستنا لهذا المقاول على هذا الوجه . فندرسها في ثلاثة أبواب نخصص الباب الأول للكلام في أركان عقد المقاول ، وفي الباب الثاني نبحث في آثار عقد المقاول ، وفي الباب الثالث نبحث في أسباب انتهاء المقاول . على أن يسبق ذلك تمهيد موجز في التعريف بمقد المقاول وأهميته وخصائصه وتكوينه القانوني وتمييزه عما يشبهه به من عقود أخرى .

أولاً : تعريف عقد المقاول

عرفت المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي بأنه في المقاول به جهد أحده الطرفين أن يصح شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر .

ويسمى أيضاً (بالمأول المبرمج) أو (بمأول المقاول) كما يطلق عليه المصراع العراقي .

ينخلص من هذا التعريف أن لعقد المعاوضة عدة خصائص يمكن إجمالاً فيما يلي :

١- عقد المعاوضة عقد رضائي لا يشترط في إنشائه شكل معين / فيجوز إبرامه بالكتابة أو شفهية ، والكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المعاوضة (١) .
ويسمى الطرف الذي يؤدي العمل لحساب الغير (المعاوض) ويسمى الطرف الآخر (رب العمل) .

٢- ~~عقد المعاوضة~~ عقد ملزم لجانبيه ، فالمعاوض يلتزم بإتمام العمل ثم تسليمه وبالمقابل عليه الثمن ، ورب العمل يلتزم بتسليم العمل بعد اتساعه ويدفع الأجر .
~~أنه عقد من عقود المعاوضة~~ .

٣- ~~يتم التعاقد في عقد المعاوضة على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعته أو العمل المطلوب تأديته من المعاوض وهو أحد المتعاقدين والأخر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر~~ .

~~أنه عقد وارد على العمل : فالأداء الرئيسي في العقد المطلوب من المعاوض وهو القيام بعمل معين~~ .

ثانياً : أهمية عقد المعاوضة

لم تعرض مجلة الأحكام العدلية والتي كانت مطبقة قبل صدور القانون المدني لعقد المعاوضة تحت هذا العنوان . وإنما عرّضت له في أحد فصول الباب السابع من كتاب البيوع ، وفي بعض نصوص مفرقة من كتاب الأجرأة . ولذا قسم الصانع العمل واليمين مما انعقد البيع لصنعاً وطبقت عليه أحكام البيع ، ولذا كانت اليمين من المستصحب ، كان الصانع أجيراً مشتركاً وطبقت عليه أحكام الأجرأة .

(١) عبد الرزاق السجوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج٢ - ص ٦٠
معهد كامل مرسي - العقود المسماة - ج٢ - ص ٤٧٥ .

ركانه الفصل من ذلك ، وأدت ربح المجلد ، لتظيم التجارة الخارجية بمسعى
صانع وصانع بجهده إليه بصل ما ، فكان وضع المصانع بالنسبة للمستصنع
الرب ما يكون إلى العامل بالنسبة لرب العمل .

ولكن حينما النظر أصبح عبر متلازم مع الحاجات المعاصرة والمتطلبات
الاقتصادية الحديثة . فقد تعددت أشكال المفاوضة وسوقها ، وزاد حجمها واهدة
مخنة لها انهما في انصاف البلاد . ولي اوضاع العاملين في هذا القطاع ، ووجب
أن ينظم عند المفاوضة تنظيمًا شاملاً ، يتفق مع أصبته الاقتصادية والاجتماعية ،
ويؤمّن جميع الصور المختلفة للقنوات . مما حثها بالولبية إلى إصدار
تشريعات خاصة تنظم عند المفاوضة في القطاع الاشتراكي ، كالتسوية العادلة
للقنوات الاصل الهندسية المدنية وتطبيقات تنقيه وتجاهها عتارهم مع الفصل
نطة التنمية القومية وغيرها .

وبما حينما تواعنت الدولة تشريعات تنظم افعال عند المفاوضة في مشاريع الدولة
والقطاع الاشتراكي لما لهذا العقد من أهمية لا يلي القانون المدني الحالي
الحاجة الملحة لحل هذا المعضلة .

خاتمة : التكييف القانوني لعقد المفاوضة .

في فرنسا ظل عقد المفاوضة مختلفاً يمتد إلى الإيجار والعمل كما كان من قبل في
هل القانون الروماني قبلت العلاقة في صفة العقد علاقة صانع بصانع
بالنسبة للاعمال اليدوية لاقترب مدرك الصانع بالنسبة للمستصنع من مركز
العامل إلى رب العمل . اما بالنسبة للاعمال العقلية التي تكون عملاً للمفاوضة
فقد اعتبرها القضاء الفرنسي عقد وكالة ليتك من أصحابها صفة الاجير لرب
العمل . (١)

(١) المصوري - المصدر السابق - ص ١٦ - ١٧

وإذا كانت هذه النظرة أصبحت لا تتفق مع مقتضيات الحاجات الحاضرة
لقد تعدد أشكال المفاوضة وصورها في العمل مما يستوجب مرونة التنظيم القانوني
لهذا العقد بحيث يتسجم مع الحالات المختلفة (١) ، فقد اتصل عقد المفاوضة في
مظم التشريعات المدنية الحديثة عن عقد الإيجار والعمل وهذا أمر بدوي ،
إن بينما يرد عقد الإيجار على حصة الشيء ترد المفاوضة على العمل ، وإذا كان
كلا من عقد العمل والمفاوضة يردان على العمل ، فإن الأول يرد على العمل في
ذاته أما الثاني فيرد على نتيجته (٢) .

ومن الجدير بالذكر أنه لكي يحق القاضي هذا بأنه مفاوضة يجب أن يتبين له
بعد تفسيره أن الفرض الأساسي والهدف المطبق الشيء أنتجته إليه لأرادة
المتفاوضين هو قيام أحدهما مستقلاً وباسمه بإنجاز عمل معين لحساب المتفاوض
الأخر في مقابل أجر ، فهاتان النسبتان ، القيام بالعمل مستقلاً ، وتكون العمل
ينم في مقابل أجر ، تميزان عقد المفاوضة عن غيره من العقود التي تشبه به في
ساعات خاصة كالبيع والإيجار والعمل والوكالة عقود أصحاب المهن الحرة وعقد
الاشتغال العامة والخدمة والشركة (٣) .

وأخيراً : ^١ تمييز عقد المفاوضة عن غيره من العقود :

أن الخصائص التي ذكرناها لعقد المفاوضة تجعل هذا العقد يتميز عن غيره
من العقود ، ومع ذلك فله يلبس عقد المفاوضة بقود أخرى التي قد تشبه به
في حالات خاصة . كما نرى فيما يلي :-

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التشريعية)
ج ٥ - ص ٦ و ٦ .

(٢) نتيجة نرة - أحكام عقد المفاوضة - ص ٢٠ ، كمثل قسم ثروت - على
المفاوضة - ج ١ ص ٦ و ٧ .

(٣) محمّد ليب شح - شرح أحكام عقد المفاوضة - ص ١٤ .

٦ - تميز القولة عن البيع

لا صعوبة في التمييز بين القولة والبيع في حالة ما إذا قدم رب العمل المادة واقتصر القول على تقديم عمله فقط (م ٨٦٥ / ١) من القانون المدني العراقي . فلا شك في أن العقد في هذه الحالة هو عقد قولة لا شبهه فيه . وإنما تقسيم التسمية في حالة ما إذا قدم القول العمل والمادة معاً (م ٨٦٥ / ٢) من القانون المدني العراقي ، كأن يتعاقد شخص مع تاجر على أن يصنع له أثاثاً ويقوم بالتجار الشخص من عمله . فهل يبقى العقد في الحالة الأخيرة عقد قولة أم لا لو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الاتي بالنسبة للتاجر ؟

حيث أن القول بأن العقد قولة أو بيع شيء مستقبل له أهمية العملية (١)

(١) وتبين هذه الأهمية في الرجوع التالية :-

١ - لرب العمل أن يجعل من عقد القولة وظف المتعهد في أي وقت قبل تسليمه على أن يوصي القول (م ٨٨٥ / مدني) ، أما البيع فهو طزم لا يجوز التخل منه بإرادة أحد الطرفين المفردة .

٢ - في البيع تسري الفوائد عن الشئ من يوم اصدار المصوري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع اليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ٨٧٢ / ١ مدني) أما في القولة فلا يستحق القول فوائد على الإجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة .

٣ - للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ، أما في القولة فلا امتياز القول إلا إذا كان العمل تشبيهاً بها - أو منسجماً انتهى (م ١٣٧٩ / مدني)

٤ - في البيع لا بد من الاتفاق على الشئ ولا كان البيع بطلا ، أما في القولة فلا لم يحدد الإجر لم تكن القولة باطلة ، ويرجع في تحديد ما إلى قيمة العمل ونظراً القول (م ٨٨٠ / ١ مدني) . انظر المصوري - المصدر السابق - ص ٣٧ - ٣٨ هامش ٣ ، مصدر لبيب شبيب - ص ١٥ هامش ٦ .

اختلفت الآراء في هذه المسألة (١) ولكن الرأي الراجح والذي أخذ به معظم الفقهاء ، ونميل الى الأخذ به ، هو الذي يذهب الى أن العقد يكون مقابله أو يبيعا بحسب نسبة قيمة المادة الى قيمة العمل (٢) ، فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة ، فالمقد مقابله ، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل ، فالمقد بيع (٣) .

٢ - المقابلة والعمل

يتحدد عقد المقابلة مع عقد العمل في أن كلا منهما يرد على العمل ، إلا أن القواعد التي ينضج لها أحد المتدينين تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد التي ينضج لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحميل النبعة حيث يتحملها المقاول ولا يتحملها العامل ، وفي الموضوع لتشريعات العمل المختلفة .

إن معيار التفرقة بين عقد المقابلة وعقد العمل هو أنه في عقد العمل يتكسبون رب العمل مسؤولا عن العامل مسؤولية تثريب عن التابع ، لأن العامل يخضع لإدارة رب العمل وانتمائه ، أما في عقد المقابلة ، فإن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وانتمائه ، بل يعمل مستقلا عن رب العمل طبقا لشروط العقد المبرم بينهما في (٤) .

(١) انظر في تفصيل هذه الآراء ، السنهوري - المصدر السابق - ص ٢٤-٢٧ .
محمد لبيب شبيب المصدر السابق - ص ١٦-٢٢ .

(٢) وهذا الرأي يستند الى القاعدة التي تنضي بأن القرض يتبع الأصل .

(٣) السنهوري - المصدر السابق - ص ٣٦-١٧ . محمد لبيب شبيب المصدر السابق - ص ١٩ .

(٤) السنهوري - المصدر السابق - ص ٨ . محمد كامل مرسى ج ١ ص ١٩-٢١
لزيه من التفاصيل .

٣ - المقاول والإيجار

عقد المقابلة يرد على العمل ، بينما عقد الإيجار يرد على الانتفاع بالشيء المأجور .

و مع ذلك فقد يصعب احيانا تمييز ما إذا كان العقد مقاولا أم إيجارا ، إلا أنه يستخدم المقاول في أداء عمله بعض أشياء يتمتع بها رب العمل بطريق مباشر مباشر مما يحدث معه في كثير من القروض نادرا ما يتوسل بين عقد المقاول وعقد الإيجار ، ويضرب الفقه أمثلة عديدة لهذا التداخل كما هو في حالة العقد المبرم بين المستهلك ومصلحة أمالة دلاء ، ولكل ربه . (١)

٤ - المقاول والوكالة

تتفق المقاول والوكالة في أن كلا منهما عقد يرد على العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان في كون محل الوكالة تصرف قانوني في حين أنه عمل مباح في المقاول ، ويتوقف على هذا الاختلافان المقاول وهو يؤدي العمل المأجور لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يصل مستقلا وبأسمه الخاص ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فيصرف الأمر هذا التصرف إلى الوكيل وتميز بين المقاول والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

لا يخضع المقاول لإتمام العمل ولا يكون تابعا له أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بأمراف الموكل وفي هذه الحالة يكون تابعا له ويكون الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المبرور من النابع .

(١) محمد لبيب حبيب - المصدر السابق ص ٢٢ - السطور ٢٢ - المصدر السابق ص ٢٢ -

- ٢ - المقاول تكون دائما ياجر ، اما الوكالة فقد تكون ياجر او بدون اجر .
 ٣ - التصرفات التي يجريها المقاول لا تصرف الرضا الى رب العمل ، فاما
الوكيل فلانه ينوب عن الموكل يلزمه تصرفاته ، ويصرف الرضا عنه
التصرفات مباشرة الى الموكل .

مسئول يتحمل المقاول وحده الضور بسبب تنفيذ العمل . اما الوكيل ، فالموكل
 يكون مسؤولا عما اصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ
 الوكالة تنفيذا مطلقا (١) (م/ ٩٤١/ ٢ مدني) .

المقاول والوديعة

المقاول ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، اما الوديعة نعهد على لئح
معين من العمل هو حفظ الشيء لخدمة المودع ووديعة مينا .

والاصل في الوديعة ان تكون بغير اجر (م ٩٦٨ مدني) . واذا اتفق على اجر
 فهو عاقبة اجر زعبد يكافئ ما يناله المودع عنه من جهد في حفظ الوديعة دون ان
 يشي كتابا من وراء ذلك فهو ليس بمشارب ، اما المقاول فليس عقد من عقود
التضامنة يعني المقاول من ورائها التكليف . ومن ثم تكون المقاول دائما ياجر .
ومن اجل ذلك تكون مسؤولية المودع عنه اخف من مسؤولية المقاول ، ولكل
من المودع والمودع عنه ان يتدخل من العقد قبل انقضاء اجله فانه لم يكن الاجل
في مصلحة الطرف الآخر (م ٩٦٩ مدني) . اما المقاول فالتدخل منها مقيد بالتعويض
 . (٨٨٥م)

(١) السعدوي - المصدر السابق - ص ١٤ - ١٥ معناه كامل مرمي ص ٤٧٥ -
 ٤٧٨

٦ - المقولة والشركة

الشركة هي مجموعة من الأشخاص أو الأفراد أو الشركات أو الأشخاص كل منهم في مشروع
الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة أو عمل لا يمتنع ما قد ينفذ منه من ربح أو
خسارة (الفقرة الأولى من المادة الواحدة من قانون الشركات رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٣
وهذا المصطلح مطبق في المادة ٦٦٦ للمعادن من القانون المدني) - (الشركة)
وهو يكون حصصه في رأس المال المبرم بالقيام بأعمال تعود على الشركة بأفادته
وهو يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص للاستيراد أو نحو ذلك، فيستحق
الشريك في هذه العمل حصصه له في الشركة على أن يتقاسم من أرباحها نسبة
حصته . وهذا قد يفسر المخالف بالشركة ، فإذا كان الشريك الذي دخل
بالعمل حصصه له يساهم في أرباح الشركة ولي خسائرها ، فالقصد شركة . أما
إذا استلزم من يقوم العمل وأخذ من الشركة اجرا مقابل (ترخيص الاستيراد)
التي حصل عليها بجلها مبيعا أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يتسلك
في الخسارة ، فالقصد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاول ، النظم فيها
المدول بالمحصله على مرافق الاستيراد لخدمة الشركة ، والقصد الشركة
أن نطلي المناول اجرا على ذلك .

(والذي يميز الشركة عن المقاول هو أن الشريك في الشركة يكون منه نسبة
الأرباح في لحاظ ذي نسبة) وهذه النية هي نية تكوين الشركة أو إرادة كل
شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في لحاظ يتطوى على قدر من المخاطرة
أما المقاول فليس منه هذه النية ولا يريد أن يتعامل مع الشركاء، نية
التجارة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة ، بل هو يقوم عملا مبيعا ويتقاضى
أجره على هذا الصل . لهذا وجبت نية تكوين الشركة يكون القصد شركة ، وإذا

(١) لمزيد من التفصيل انظر (الشركات التجارية) لزميلنا الدكتور باسم محمد
صالح والدكتور عدنان اسعد ولي ص . *

انتمست هذه النية ليكون العقد مفاوضة ، ومنه مسألة وفائع يستل بطريقها

فاضي الموضوع (١) *

٧ - المقابلة والاشتغال العامة (٢)

المقابلة عقد من عقود القانون الخاص ، وانها في نطاق هذا القانون قد تكون مقدا مدنيا وقد تكون مقدا تجاريا ، وانها قد تكون مقدا مختلطا ، فتكون مدنية با لنية لسرب العمل ، وتجاروية با لنية للتداول ، وفي جميع الحالات لا يجب الخلط بين الدولة وعقد الاشتغال العامة وهو : عقد اداري من عقود القانون الخاص

وعقد الاشتغال العامة هو عقد يلتزم به احد الادارة الى شخص من اشخاص القانون الخاص والتزام يحصل بمقابل مثايل اجر ، تعقيدا للمنظمة العامة (٣) ومن هذا التعريف يمكننا ان نستخلص انه يشترط لكي نكون بصدد عقد اشتغال عامة ثلاثة شروط :-

١ - ان يتصل العقد على عقار .

٢ - ان يتم لحساب شخص معنوي عام .

٣ - ان يكون الغرض من العمل تحقيق منفعة عامة ، ولو لم يتصل هذا العمل بمال عام او بمرافق عام - (٤)

واختيار العقد مقدا لاشتغال عامة لا عقد مفاوضة وترتب عليه عدم خضوعه لاحكام القانون المدني ، سولم في ذلك احكام النظرية العامة للمقابلة والاشتغال العامة ، الا في

١ - المتواري - المصدر السابق - ج ٧ ص ٣٩-٤٠ و ج ٨ ص ٢٢٢ .

٢ - تفصيل ذلك : محمد لبيب تشب - المصدر السابق ص ٥٠ وما بعدها ، محمد عبد الرحيم عتير ص ٤٨ في عقد المقابلة طبعه ١٩٧٧ .

٣ - انظر في تعريف عقد الاشتغال العامة : سليمان الطماوي في المقترود الادارية ص ٧٩ ، محمود الجبوري في المقترود الادارية ص ١٩٦-٢٠٠ .

٤ - الطماوي - المصدر السابق - ص ٨١ .

الحدود التي لا تتعارض معها الأحكام مع قواعد القانون العام، ويبرر ذلك بالفرض المقصود من الاشتغال العامة وهو تطبيق مصلحة عامة. لهذا الفرض يتطلب أن يحدد عقد الاشتغال العامة لقواعد تختلف عن القواعد التي يطبق لها عقد المذولة المبرم لتسقيت مصالحة خاصة .

ويلاحظ أن التكييف على الاشتغال العامة يتحدد بمقتضى ريب العمل وكونه مخصصاً من أشخاص القانون العام ولا أثر لفصل القانون على هذا التكييف . ولذلك فحين الإجابة يمكن تحديد ما ■ كان ريب العمل مخصصاً عاماً أو خاصاً . ولا صعوبة في الأمر إذا تعلّق الأمر بالمذولة نفسها أو بمحدد مصالحها المسلم بمقتضى العامة أو إذا تم العمل لمصالح فرد لا يملك في صفة العامة ، وإنما نشوء المسؤولية بالنسبة للشركات المساهمة العامة وحركات القطاع المختلط التي تتألف الدولة أو المؤسسات العامة في راسماليها بنسب مختلفة .

ويتجه الرأي الراجح في الفقه إلى اختطاط العقود التي تبرمها الشركات المساهمة العامة العامة وشركات القطاع المختلط للقانون الخاص ، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها لهذه الجهات عمل معين بواسطة الغير تعتبر عقوداً لا اشتغال عامة . (١) .

(١) لمزيد من التفصيل ، انظر محمد عبد الوحيم - المصدر السابق ص ٤٨ وما بعدها ، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية للزلف المذكور ص ١٢٤ ، محمد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ٥٣ .
وانظر في هذا المعنى قرار محكمة التمييز للرقم ٢٦١٣ / حقوقية / ٦٨ في ١٩/١/٦٦ قضاة محكمة التمييز - المجلد الثالث ص ١٢٦ . كما يلاحظ
القرار رقم ٧٢٣ / حقوقية / ٦٦٥ في ١١/١/٦٥ ، لقضاة محكمة التمييز المجلد الثالث ص ١٢٤

المباحث الأولى

البحث في طبيعة العمل

يركز على المأثورة ، كالأثر في - أثار الطرد ، الخالة ، الدوام ، والحد . في
والسبب . ولما كان المصعب قد تمت دراسته في نظرية الطبيعة العامة ، فإننا
سوف نخصص دراستنا على الدوامي والمجسلي ، في تلك المأثورة - - - - -
نهر بالنسبة إلى التزامات المأثورة العمل الذي يعهد بأدائه بموجب عقد المأثورة
وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل - - - - - الذي يعده المستأجر مطالب بها
العمل .

وبناء على ذلك سوف نخصص الفصل الأول للكلام في التراضي والمجسلي
الثاني للكلام في العمل في العمل والاجر .

الفصل الأول

التراضي في طبيعة العمل

ويبحث فيه : (١) شروط الإنشاء في التراضي
(٢) شروط الصحة في التراضي

المبحث الأول

شروط الإنشاء

شروط الإيجاب والقبول :

يجب لا نشأ المأثورة إلا بتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها ، فيتم
التراضي بين رب العمل والمأثورة على ما فيه العقد والعمل الذي يؤديه المأثورة
لرب العمل والاجر الذي يتقاضاه منه .

وله رأينا أن المادة ٨٦٤ من القانون المدني وهي تصرف المأثورة تذكر على
المستمر . ويكون ذلك خلافا للمواد العامة المقررة في نظرية العقد ، فيجوز
التدوير في التراضي مراحة أو خسنا

المصرع الأول

أهلية في عقد القابولية

أهلية رب العمل :

يلتزم رب العمل بدفع الأجرة ، فتكون القابولية بالنسبة إليه من أعمال التصرف فيجب إذن أن تتوافر في رب العمل أهلية التصرف ، أي يجب أن يكون بالشخص من الرشد وأن يكون عاقلاً وغير مجبور عليه لفسه أو لغيره ، فإذا كان رب العمل ناقص الأهلية وهو الصغير المميز ومن في سلكه وهو المستور والسفيه وذو العقلية كان عليه موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه ، ولكن قد تكون القابولية بالنسبة لرب العمل من أعمال الإدارة ، كالمقد الذي يديره رب العمل مع القابول لترميم منزله أو يصنع له بقعة فالتحق مع الخياط على شريطة بدلة له .
تستحق هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفي فيها أن تتوافر في رب العمل أهلية الإدارة ، ومن ثم يجوز للصغير المميز أن يبرم عقد القابولية في هذه الأعمال بصفته رب عمل دون حاجة إلى إذن وليه أو وصيه .

أهلية القابول :-

القابولية بالنسبة للقابول تعتبر أيضاً من أعمال التصرف ، حتى لو التزم بتقديم العمل دون المأنة فهو مضارب بعمله ، معرض للربح والخسارة وقد يصيبه مسؤولاً عن نمووض رب العمل مما يلحقه من الضرر ، وبالتالي فإن عقد القابولية يكون من الأعمال المباحة بين النعم والظن ، ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في القابول أهلية التصرف بأن يكون بالغاً من الرشد وأن يكون عاقلاً ، وغير مجبور عليه لفسه أو لغيره ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان القابول ناقص أهلية كان عليه موقفاً على إجازة وليه أو وصيه .

المسرح الثاني

عيوب الإرادة في القارة

يكون عقد القارة ميباً إذا شابه عيب من عيوب الإرادة وهي الأكراه والغلط والشهر مع التبرير والإستدلال . فإذا شاب إرادة المقول أو رب العمل عيب الأكراه أو الغلط أو الخبن مع التبرير كان العقد موقوفاً على إجازة من تحدد الوقت لمصلحته وله أن يبيز العقد أو ينقضه خلال مدة ثلاثة أشهر من الوقت الذي يرتفع فيه الأكراه أو يبين فيه الغلط أو يتكلف فيه الخبن مع التبرير .
 أما عيب الاستدلال فإنه لا يستلزم لغاد العقد . ولكنه يبيز للمتعاقدين المشتركون أن يطالب برفع الخبن عنه إلى الحد المقبول خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد .
 وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة وعقد القارة شأنه شأن سائر العقود في عيوب الإرادة .

على أن الغلط في عقد القارة له تطبيقات مبدئية لا تخرج من الأصلية ، لا سيما الغلط في شخص المقول أو الغلط في الحساب .

الغلط في شخص المقول :-

الامر في أن الغلط في شخص المقول لا تأثير له في صحة العقد . ولكن إذا كانت شخصية المقول محل اعتبار عند رب العمل كالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معماري أو رسام يكون الغلط فيه عيباً من عيوب الرضا ويكون العقد موقوفاً على إجازة رب العمل بشرط أن يكون التعاقّد الآخر قد وقع في الغلط نفسه أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده (م ١٦٩ مدني) . فبسطيع التعاقد الذي وقع في الغلط أن يبيز للقارة أو ينقضها خلال مدة ثلاث أشهر من تاريخ تبين الغلط (١٣٦٣ مدني) .

الغلط في الحساب والغلط المادي :

تنص المادة ١٤٠ مدني على أنه (يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي ، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط) .

فالغلط في الحساب الذي قد يقع أحياناً في عقد القارة أو الغلط المادي فيها لا يؤثر في صحة القارة وإنما يصحح هذا الغلط وتبقى القارة صحيحة .

الفصل الثاني

فصل في القبول

العمل في عقد القبول كما قلنا . مزعوم . فهو بالنسبة الى التزامات القبول العمل المتعاقد على تأديته . وهو بالنسبة الى التزامات ومب العمل الاجر الذي فيه يحصله القبول .

وبناء على ذلك سقسم هذا الفصل الى بحثين نصص المبحث الاول للكلام عن العمل ونخصص المبحث الثاني للكلام عن الاجر .

المبحث الاول

فصل في القبول

لم نورد نصوص متعلقة بالعمل كركز في القبول فوجب تطبيق القواعد العامة سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العمل او فيما يتعلق بأنواع العمل .

الشروط الواجب توافرها في العمل :-

هذه الشروط طبقا للقواعد العامة . هي أن يكون العمل مكنيا وان يكون حينا او قابلا للتمتعين . ان يكون طوعا .

فيجب أولا أن يكون العمل مكنيا . لانه لا التزام بمسئول والا كان العقد باطلا (م ١٦٧ مدني) . والقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة وهي ان يكون العمل مستحيلا في ذاته . لا ان يكون مستحيلا بالنسبة للمقبل فحسب وانما يستحيل على أي شخص آخر انجاز العمل كما لو تم الإكراه مثلا مع عدم الإختصاص على مستطابو دولة لشقاء جميع الامراض فيكون العقد باطلا كما تقتضون الاستحالة قانونية كما لو تعهد مطام تمييز قضية بيد انقضاء ليعاد القانوني . وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية .

ويجب ثانيا أن يكون العمل مهنيا او قابلا للتمتعين . فيكون العمل حينا اذا اشترطت طبيعته وادراكه وبين تلك بيانات كالتالي . ولذا لم يكن العمل مهنيا . ويجب

من يكون على الأقل قابلاً لتعويض. فيصبح التعاهد على بناء مستشعر يشمل على كذا سرير. ذلك. معرفة مع المرافق اللازمة. ويجب أخيراً أن يتكون العمل شروعاً، وأما كان غير مشروع بل كان مخالفاً للقانون أو النظام المصمم أو الإدي. كانت المناولة باطلة فلا يجوز الاتفاق على تعويض منزل للخدمة أو للعب تقاسر، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب المخرقات أو البضائع من الكتلوك برعلى ارتكاب جريمة.

المسألة الأولى :

أن العمل الذي يؤديه المقاول يتدرج من مقالة إلى أخرى تنوعاً كبيراً. فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلاً بشيء معين وقد يكون هذا الشيء غير موجود والمتصور من المقالة يجعله بداية يوردها المقاول من عناصر يوردها من العمل. وقد يكون الشيء موجوداً فلا وهو ملوك قرب العمل ويبلغ عمل المقاول على هذا الشيء الموجود وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل كالنقل والطبخ والنشر والإعلان والتدريس. ومن ناحية حجم العمل تتدرج المقالة من مقالة صغيرة إلى مقالة كبيرة ومن ناحية جنس العمل هناك مقاولات مسج لها الآن اسم معروف لانتشارها. فهناك مقاولات البناء ومقاولات الأعمال الكهربائية ومقاولات المراكب العامة ومقاولات الاستغلال العامة الخ.

والأعمال التي ترد عليها المقالة أما أن تكون أعمالاً مدنية، وأما أن تكون أعمالاً عقلية، وأما أن تكون أعمالاً قانونية كما في التعاقد مع شخصي، وأما أعمالاً فنية كما في التعاقد مع طبيب أو فنان أو مهندس معماري (١).

كل ذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة، والأولى تتعلق بالمصلحة العامة والانتفاع العامة والنقل، والثانية تتعلق بالأفراد والشركات التي لا تساهم فيها الدولة أو المؤسسات العامة.

(١) ونجبت إحدى المحاكم الفرنسية ال قول بأن العقد الذي أبرمته زوجة أحد مدعى الحرب في ألمانيا مع شخص لتزويج زوجها من الأمر يعتبر عقد مقاول. (محكمة تانر مقولة - محكمة غانسي)

المبحث الثاني

الاجور في المقاولة

الاجور ركن في عقد المقاولة ، وهو المال الذي يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المبرور به اليه .

فالاجور إذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ما يشترط في أي محل للالتزام ، أن يكون موجودا ^{واقعا} ^{او قابلا للتعيين} ومشروعا ، أما للشرعية فلا جديد فيها ، وشأن الاجور في ذلك شأن العمل .

فالاجور لا بد من وجوده في عقد المقاولة والا كان العقد من عقود الفرج . فلا يعتبر مقالة ، بل يعتبر عقدا غير مسمى . ويلاحظ أن الاجور ، وإن كان ركنا في المقاولة ، الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان فإذا لم يحددها تكفل القاتون بتحديداه وتبلي المقاولة صحيحة متى تبين من الظروف على أن العمل ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقايله (م ٢/٨٨٠ مكي) . هذا بخلاف التراضي والعمل ، فهما ركنان في المقالة ٢ شأن للقاتون بتحديدهما ، فسلما

هم يتوافقا في المتطلبات المأولة باطللة ولكن يجب التمييز بين ما اذا كانت المتعاقدان قد عرضا للاجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقالة باطلة لانعدام راعه اركانها .

وبين ما اذا كان المتعاقدان لم يعرضا للاجر أصلا بل مكثا عنه وهذا لا يكون المقالة صحيحة ويتكفل القاتون بتحديد الاجور كما سبق .

والاصل في الاجور ان يكون نقودا ، وهذا هو الغالب . ولكن يجوز أن يكون الاجور من غير النقود ، كما هو الشأن في عقد الإيجار ، فقد يكون أسما أو سندات أو بضاعة أو بيتا أو أرضا أو سيارة أو غير ذلك . بل يصح أن يكون الاجور عملا ،

كتملكه المحامي مع القول على أن يوصى له دارا في مقابل أن يترشح المحامي فرد
بعض قضايا القول، وهنا تكون المناقشة متساوية مثل عمل (١٦)

والأصل أنه المتكلمين معا اللسان يتوصلان بتجديده الأجر، وذلك يستند إليه
بموجب مناقشة على أساس الوحدة أو سدادان اجرا لعمليا على أساس تصميم
متفق عليه .

[١٦] محمد إبيد غريب = المفسر السابق - ص ٦٥ .

الباب الثاني

أثر القابلية

يترتب على عقد القابلية أن تنشأ التزامات في ذمة القابل . والتزامات متبادلة
في ذمة رب العمل . وقد يتعاقد القابل مع قابل من الباطن (قابل القابل)
لا إنجاز بعض الأعمال للمهود بها إليه . غير أن إنجاز جميع هذه الأعمال .

إذا ستدرس هذه المواضيع لفصول ثلاث . ننحصر الفصل الأول منها للكلام
عن التزامات القابل والفصل الثاني للكلام عن التزامات رب العمل . ونخصص
الفصل الثالث للكلام عن القابلية من الباطن والتنازل عنها .

الفصل الأول

التزامات القابل :

ينقسم القابل نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :-

١- الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه .

٢- الالتزام بتسليم العمل بعد إنجازه .

٣- الالتزام بضمان العمل بعد تسليمه .

للمبحث الأول : إنجاز العمل

١- طريقة إنجاز العمل

الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة القابل هو الالتزام
بإنجاز العمل . فيجب على القابل أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها قسمي
هذه القابلية وطبقا لشروط الواردة فيه - فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها .
وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن في العمل الذي يقوم به
القابل .

تخصيصها لعمول الجسد وخرابا وفساداً في رتبته ولسه رتبته من رتبته . كل المهور

في النعمه سواء قلم القاول انشاء هو جسد هو نفسه رتبته .

فإذا خالف القاول الشروط والواجبات فلهذا هو . الشروط النسبي

مراجعتها دور حكمة التي ذكرها . جنك مداهة و عس سمون ومدنيه يجب

لا يشك رب المثل عليها مطلقاً بفراسه ووجب فيه لمر . وذلك دور مداه

في حاجه القاول . لان مداهة هذه الشروط هي ذاتها المدة (١) ولا يستطيع

القاول أن يخصص من المسؤولية للآليات التي يجب الإجماع . التي ياتيها فمداغة

الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أو حاجه حياتي أو خطأ أو الضم نفسه أو قبل

الضمير (٢)

ولذا اساج القاول في انذاره للمثل إلى شروط وسهات هو ايضاً حكمة ويجب

عليه أن ياتي بها . ويكون ذلك على طهته ، فمداوات المثل وسهاته منسل الآله

الباء والادوات . الآلهة التي يستطيع القاول في حله تكون على القاول بغير

نص ما لم يفيض الانطلي أو عرف المرحا بغير ذلك . كذلك هو الاحتاج المماثل

في انذاره للمثل ، التي ايضاً حكمة هو في اختصاصه بملكونه ويمثلون تحت انذاره

فما يكون على القاول أن ياتي بهم ويشعل أجودهم ما لم يفيض الإقتان أو عرف

المعرفة بغير ذلك . ر ٦/٨٦٧٧ مدي

مبحث - الثانية - الالتزام في انجاز العمل :

الالتزام بانجاز العمل في القاوله إما أن يكون التزاماً بمحقق غاية وإما

أن يكون التزاماً ببدل غاية .

فإن كان التزاماً بمحقق غاية ، لا تلتزم بناء أو تربية أو غيره . فمداوة

(١) مداه لبيب تنص - المصدر السابق - ص ٩٠

(٢) المصهورى - المصدر السابق - ص ٦٦ .

المحاول من الالتزام إلا إذا تطلبت العناية وأجر العمل المطلوب ، ولا يكفي تريضه في القيام به نهاية الشخص المعتاد ، لها دام العمل لم يتم انجزه فإن القول يكون مسؤولاً ، ولا تنفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الآسفي ، وانفك مسؤوليته في هذه الحالة ، إنما يأتي من نفي العلاقة السببية لا من نفي الخطأ (١٦) .

وإن كان الالتزام التزاماً بفعل عناية ، كعلاج مريض أو إدارة عمل أو المرافعة في قضية ، فإن المطلوب من المحاولة في هذه الحالة هو فعل عناية الشخص المعتاد في انجاز العمل للمجهود إليه ، فيجب على الطبيب أن يملك عناية من قسوة سنوء من الأطباء في علاج المريض طبقاً للأصول الطبية ، وليس عليه أن يضمن المريض . ونقول الفقرة الأولى من المادة (٢٥١) من القانون المدني في هذا المعنى ما يلي :-

(في الالتزام بسبل إذا كان المطلوب من المدين غير أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذ من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المطلوب) .

وهذا وقد يقتصر تعهد المأول بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستعملها أو يستعين بها في القيام بعمله ، أو يتعهد المأول بتقديم المادة والعمل بها . وهنا يجب التمييز بين حالتين الحالتين :-

(١) كما لو ألت المأول أن يخطأ رب العمل هو الذي سبب تأخره في انجازه العمل . وهذا ما حررتة محكمة تمييز العراق في قرار لها - (رقم القرار ١٧٦٤ / حقوقية / ١٦٦٨ ، قضاء محكمة التمييز المجلد السادس - ١٩٦٩ - ص ٣٧٠) ، وانظر أيضاً القرار رقم ١٠٥٩ / ١ / ٢٥ في ٢٦ / ١ / ٧٦ ، مجموعة الأحكام القضائية - المجلد الأول السنة السابعة ص ٦٧ .

سلفاً قدم المأول للميل كلها أو بعضها :-

لنص الفقرة الثانية من المادة (٨٦٥) من القانون المدني على ما يأتي :-

(كما يجوز أن يقدم المأول بتقديم الميل وثلاثة أرباعه يكون المستفيد

استثناء) .

ونص الفقرة الأولى من المادة (٨٦٦) من القانون المدني على ما يأتي :-

(إذا تعهد المأول بتقديم مادة الميل كلها أو بعضها ، كان مسؤولاً من جودتها

وعليه ضمانها لرب الميل)

ويظهر من النصوص المتقدمة أنه إذا قدم المأول مادة الميل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محدودة ، لأن المثلد يكون استثناء (مزيداً من بيع ومطلوفاً) سواء كانت المادة أكثر من قيمة الميل أو أقل ، ويصح البيع على المادة وتُسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتلغ المأولة على الميل وتنطبق أحكامها عليه . وله طبق نص الفقرة الأولى من المادة (٨٨٦) فالحال الذكر هذه القاعدة ، فمحل المأول مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب الميل . وذلك أن المأول في هذه الحالة يكون بالمال للمادة ، فبمقتضى ما فيها من عيوب ضمان البائع للمعيب المعنية ، فالبيع متى يكون مطلقاً على شرط واقف هو تمام صانع المادة (١)

وتسرى في ضمان المعيب الخاصة بالأحكام الملاحقة لطبيعة عقد الاستعانة وهي أحكام عقد البيع فيكون المأول ملزماً بالضمان إذا لم يوافق في المادة الصلابة التي كفل لرب الميل وجودتها فيه . أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من قيمتها بحسب النية المتصورة منها . ولا يلحق المأول المعيب التي كان يربطها بعرفها وله تمام صانع الشيء ، أو كان يستطيع أن يجهدها بنفسه أو بمساعده

(١) محمد طيب قشوب - المحرر السابق - من ١١٢ - المجلد الثاني لقرارات محكمة التمييز رقم ٧٦٥/١/٧٨ في ٧٨/١/٦٩ - مجموعة الأحكام المعدلة - المجلد الرابع - السنة الخامسة - من ٢٩

فمن الشيء، سببه الرجل المعتاد، إلا إذا ثبت رب العمل أن المفاوض قد أكد له حاور الشيء، من هذا الوجه، أو لنا البتة أن المفاوض قد نسد احتواء المحاسب هنا منه (م ٥٥٩ مدني) (١) . ولا يشمل المفاوض فيها جرمة العرف على المتابع به . وإذا سلم رب العمل العمل وجب عليه التفتيش مسرعا حاله بمجرد أن يتمكن من ذلك وعلى المالك الوقوف في التعامل، فإن لم يفعل يفتقر قابلا للشيء (م ٥٦٠ مدني) .

سؤال إذا كان المبيع مما لا يمكن التكيف بالفحص للحداد لم كشفه رب العمل وجب عليه أن يحظر به المفاوض بمجرد ظهوره ولا يصير قابلا للشيء هنا لأنه من مبيع (م ٥٦٠/٢ مدني) (٢) وإذا حظر رب العمل المفاوض بالمبيع في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (٥٦٢) من القانون المدني . وفيما دعوى الضمان ولو علقك الشيء، بأي سبب كان . ويجب أن يحمي رب العمل في كل الأحوال أن يحظر المفاوض بالمبيع قبل حضي ستة أشهر مسبقا تاريخ نيابة للشيء، تسلياً لعلية إلا إذا كان المفاوض قد أخفى المبيع عن رب العمل بخاصة، فإن رب العمل في هذه الحالة يستطيع أن يرجع عليه خلال مدة ١٥ سنة (م ٥٧٠ مدني) .

- (١) انظر في هذا الصدد قرار محكمة التمييز رقم ٧٦/٤٦/٥٢ في ٧٦/١٢/١٢ - مجموعة الأحكام القضائية للعدد الرابع - السنة السابعة ص ٢٩ وقراراتها رقم ٣٠٧ ر ٧٦/١٢/٢٠٨ في ٧٦/٩/١٠ - مجموعة الأحكام المدنية - العدد الثالث السنة السادسة ص ٩٣ .
- (٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧/١٧٧٧ - هيئة عامة التي في ٧٢/٦/٢ .
الضرورة القضائية العدد الثاني السنة الرابعة - ص ١٥٢ .

مسئولية القاتل من خطأ وحيد لا يمسكه أحد

يخلص بما تقدم أن القاتل يكون مسؤولاً عن خطأ مسؤولية فردية . ويجب في جانب الخطأ . فنتحقق مسؤولية ذلك هو خالف الشروط والبراميدان المحقق عليها ، أو انصرف من أصول الفن ونظائره المسماة بعلمها ، أو إساءة اختيار المادة التي قدمها من عند ، ليعتصمها في العمل أو تولد من ضاية الشخص المعتاد لسي المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل ، أو نبت عدم كفايته وقصوره الفني ، ويرجع عام إذا هو خالف واجباً من واجباته .

فإذا نبت خطأ على الشخص المختص ، وكان هو الذي قدم المادة ، فصاحت اولئك بسبب خطأ . يحمل هو الضمانة . ولا يرجع على رب العمل لا بقية المادة التي ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل . بل يكون مؤثر ذلك مسؤولاً عن تعرضي رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله بالتزاماته . وإذا كان رب العمل هو الذي تمس المادة . يرجع عليه أن يعرضي رب العمل ليعتصمها ولا يرجع عليه بأجره العمل . ويكون مؤثر ذلك مسؤولاً عن التعرضي كما سبق القول . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة .

أما إذا حدث الخياع أو التلف بعد أن انقضى الخاتل وبه العمل تستلم العمل ، فإن مسؤولية القاتل تنقضي ، ما لم يثبت رب العمل أن الخياع أو التلف كان بسبب خطأ القاتل .

وإذا استعان القاتل بشخص يساعد في إنجاز العمل ، أو استغنى في ذلك ، فإنه يكون مسؤولاً عنه مسؤولية للتبوع عن التابع . ولكن للمسؤولية هنا ليست مسؤولية شخصية . بل هي مسؤولية فردية . ويكون القاتل مسؤولاً أيضاً قبل رب العمل عن القاتل من الباطن للقاتل الثاني ، ولو أن هذا الأخير ليس مسؤولاً عن توجيه القاتل أو إساءته . بل يصل مستقلاً عنه فلا يشير تأبها له (٢) . وقد سنت لاحقاً (٢/٢٨٢) من القانون الفني المراتلي على ذلك صراحة القول :

(ولكنه (أي المأول) يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو ربح العمل ضمن المأول الثاني).

د) أيضاً - عدم التأخر في إنجاز العمل بـ

كذلك يلتزم المأول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها : لأن لم يكن هناك التأخر على مدة معينة ، طالوا يجب أن يميزه في المدة المتفق عليها التي تسمح بالجزء. تبعاً لفكرة المأول ووسائله ، وبإسراع طبيعة العمل وطولها ما يقتضيه من ذلك ، وحسب عرف حرفته (١) .

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المتوقعة يلتزم بحقيق غاية ، وليس التزاماً ببدل غاية . فلا يكفي لأخطاء المأول عن المسؤولية من التأخير أن يثبت أنه يضل غاية الفسخ المتأخر في إنجاز العمل في المبدأ ولكنه لم يتمكن من ذلك ، ومن يجب عليه حتى تنقضي مسؤوليته ، أن يثبت السبب الأجنبي ، وأذا ثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير ، انحصرت غلبة السببية ولم تنطبق مسؤوليته .

خامساً بـ جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل بـ

• إذا إخل المأول بالتزامه بإنجاز العمل فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال ، ويكون غرض العمل في هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أما أن يطلب التنفيذ العيني ، وأما أن يطلب فسخ المأولة ، مع التعويض في كلتا الحالات إن كان له مقتضى ، ومن أن يخلو ربح العمل للمأول كما قلنا ، وذلك الفوائد العامة . وهذا ما نصبت عليه المادة (٨٦٨) من القانون المدني حيث تقول : « إذا تأخر المأول في الإلتزام بالعمل أو تأخر في إنجازه ، فأمره لا يرجع معه مطلقاً أن يتمكن

(١) محمد كبيب شيب - المصدر السابق - ص ٩٢ .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٥/٢م/٢٩٠ في ٧/٧/٧٥ مجموعة الأحكام المدنية المجلد الثاني - السنة السادسة ص ٦٥ .

من القيام به كما ينبغي في المدة الملتزم عليها ، جاز لرب العمل لمبلغ المدة دون
"مطالبة جنون الأحمق" .

وقد يختار رب العمل التنبه العيني ، وله في هذه الحالة ان يطلب من المدة
مربحاً في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نداء المقاول الاول انما كان حلاً
سكناً ونسج به طبيعة العمل ولم تكن شخصية المقاول محل اختيار في المدة .
وعلى من أثبت ان له لرب العمل أن ينفذ العمل على لفقة المقاول دون ترخيص من
الحكمة اذا كان . فمن مستحجلاً لا يعطى الاطباء ، كما اذا كان الاسر متعلقاً
ينتهي من قبل أمين المسموح او إقامة جناح في معرض على وثائق الافتتاح والمقاضي
بعد ذلك أن يست فيها اذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

وقد يختار رب العمل فسخ عقد نقاولة ، اذا كان الاخلال جسيماً بحيث يبرر
الفسخ . كان يكون التنبه العيني مستحجلاً ، أو بقي المقاول مستنفاً من التنبه
اذا كانت شخصيته محل اختيار في المدة ، فحينئذ يحكم بفسخ العقد مسموح
تعرض رب العمل عن الاضرار التي لحقت من جراء اخلال المقاول بالالتزام .
ومن ناحية اخرى ، كانت اذا تضرر المقاول في المدة في تنفيذ العمل او في اختياره
لا يرجى معه طلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، او اذا
اتخذ مسلكاً يتم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه ، او اتي فعلاً من شأنه أن يجعل
تنفيذ الالتزام مستحجلاً فان تس نداء 468 مدني يجوز لرب العمل أن يطلب
فسخ العقد دون انتظار لطول اجل التسليم ، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً
اذا تضرر المقاول في تنفيذ التزامه تأخرًا يصبح معه ثابتاً لو كبر الاحتياط انه
ان يتمكن من انهاء العمل في المباد ، فيكون بذلك قد اخل مقدماً بالتزامه .

المبحث الثاني

التزام المقاول بتسليم العمل

يترتب التزام المقاول بتسليم العمل المطلوب إنجازه إلى رب العمل، والعمل هو العمل الذي يقع عليه التسليم - والتسليم يختلف باختلاف طبيعة الشيء أو العمل. فلو كان المقاول هو الذي قام بإنشائه وجب عليه تسليمها مصنوعة على النحو المتفق عليه، أما إذا كان رب العمل هو الذي قام بإنشائه فالمقاول يلتزم بإعادتها بعد أن يجري فيه العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح. وهو في ذلك إما يرد لرب العمل ملكه. إذ حكمة الشيء ما زالت بالية لرب العمل. وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في نفعه بالتسليم غايته من عقد المأجور. ويلتزم المقاول كذلك برد ما بقي من المادة التي صنعها رب العمل (م ١/٨٦٧). وكذلك الأدوات والمواد التي يكون قد تسلمها من رب العمل ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد إنجاز العمل -

كيف يكون التسليم

يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من استعماله عليه والانضاج به دون عائق حولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل - ويختلف طريقة التسليم باختلاف العمل. فالمقاول البنيان يسلم البناء بالتسليم بينه وبين رب العمل عن طريق تسليم مفاتيحه إلى رب العمل أو بوضعه تحت تصرفه على ما سبق بيانه - وكذلك المصنّع والمبني والحياض وغيرهم من أصحاب الحرف والصناعات -

زمان التسليم

ويكون التسليم في الزمان المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك موعد متفق عليه، ففي الموعد المتفق لإنجاز العمل علما لطبيعته وعرف المرفة - وفيه

يحل موعد التسليم ويكون للمقاول؟ غير مستحق في ذمة رب العمل ، ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره ، وذلك طبقاً للقواعد العامة (م-٢٨) مدني ، وفي الصلح بعدم التنفيذ وبمقابل حق الحبس كذلك كسل ما سلبه رب العمل من حايه لاستخدامها في انجاز العمل مسن اجرت والآلات ومستعدات ووثائق وتساميم وغير ذلك (١) -

وللمقاول الاستعجال بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وظلمه للنفس وفي مواجهة دائلي رب العمل العاديين والمتأخرين .

مكان التسليم -

يكون للتسليم في المكان المتفق عليه فان لم يكن هناك اتفاق ، ففي المكان الذي يحدده عرفه الصنعة . واذا كان العمل واقما على مطار . كان التسليم في مكان المطار . اما اذا كان واقما على منقول ، فيكون التسليم في موطن المقاول تطبيقاً للقواعد العامة ، ما لم يكن هناك اتفاق او عرف ، لانه هو المدين بالتسليم (٢) (م ٢/٣٦٦ مدني) .

جسرة الاختلال بواجب التسليم -

اذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيها ، فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل ، وفقاً للقواعد العامة ، طلب التنفيذ العيني او طلب النسخ مع التمييز في الحالتين ان كان له مقتضى . ويجب على رب العمل في جميع الاحوال ان يثبت اولا باعداد المقاول بالتسليم .

(١) محمد لييب شنب - المصدر السابق - ص ١٠١

(٢) السجوري - المصدر السابق - ص ٩٢

فإذا طلب رب العمل التعفية الميبي ، فيجوز المفاوض على التسليم إذا كان هذا ممكناً ، وإذا كان التسليم يقتضي تدخل المفاوض شخصياً بجاز الالتجاء إلى التهديد الميبي . وإذا كان يمكن الحصول على مثل هذه التعفية بجاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المفاوض بعد استئذان المحكمة ، أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال (١) .

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستعجلاً . فثبناً من دفع الأجرة ، ويرجع بموريض عما أصابه من ضرر ، وللمحكمة سلطة تقديرية في فسخ العقد ، وقد ترى المحكمة أن جهل المفاوض حتى يفسد بالتفدية الميبي إذا كان قد أعجز معظم العمل ولم يبق إلا القليل . وسواء طلب رب العمل التعفية الميبي أو الفسخ ، فإن له أن يطلب في الحالين التعويض عما أصابه من ضرر من جراء اختلال المفاوض بالتزامه .

ولا كان التزام المفاوض بالتسليم التزاماً بتطبيق غاية ، فإن مجرد عدم قيامه بالتسليم يعتبر اختلالاً منه بالالتزام . ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ لسي جانب المفاوض ، نعم التسليم ذاته هو الخطأ ، ولا تنفي مسؤولية المفاوض إلا إذا ثبت السبب الأجنبي ، أو أثبت أن العمل قد هلك أو تلف ، ثم أنه بذلك لم يلاحظ عليه عناية تشخصي المعتاد (٢) ، وإذا كان الاختلال من مجرد التأخير في تسليم العمل بسبب راجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الغير أو إلى خطأ رب العمل نفسه فإن مسؤولية المفاوض تنفي كذلك .

تعمل تيجة هلاك الشيء قبل تسليمه .

إذا هلك الشيء قبل المفاوضة قبل تسليمه لرب العمل بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة فإن هلاكه هو تعيبه يكون على المفاوض وليس له أن يطلب لا بأجرة

(١) المصدر السابق .

عمله ولا يرد نفقات، ويكزن حلاك المادة على من قام بتدميرها من الطرفين . إلا إذا كان المقاول قد اعترف رب العمل أن يتسلم ، فالذي يشمل النبهة حسود رب العمل ، سواء كان هو الذي قدم المادة أو كان المقاول هو الذي قدمها . ويجب على رب العمل أن يطلع الاجر كاملا للمقاول .

الهلاك بنظا المقاول :-

إذا هلك البني ، أو تسيب بنظا المقاول أو لا يعادل النخط ، كأن يخذ رب العمل المقاول أن يعلم الشيء ، فلا يسلمه ، فأن للفقرة الثالثة من المادة ٨٨٧ مدني تجعل الهلاك أو التسيب على المقاول لأن خطأ هو الذي سبب الهلاك أو التسيب ، فيلزم بتعويض رب العمل عما يكون قد ورد من مادة العمل ويضمنه رب العمل من دفع الاجرة الى المقاول .

الهلاك بنظا رب العمل :-

أما إذا كان الهلاك أو التسيب بنظا رب العمل ، أو لا يعادل النخط ، بأن يكون رب العمل قد اعترف من قبل المقاول لتسلم الشيء ، فلم يعمل ، أو كان سبب الهلاك عيبا في المادة التي وردها للمقاول ، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٨٨٧ مدني تجعل الهلاك على رب العمل ، لأن خطأ هو الذي سبب الهلاك . ويكون للمقاول الحق في الاجرة وفي التعويض عند الاقتضاء .

المبحث الثالث

الالتزام بالتأمين :-

وضع المشرع العراقي ، داله في ذلك شأن معظم التشريعات الأخرى ، أحكاما خاصة في ضمان المقاول والمهندس للمساكن والمنشآت التابعة التي يقومون بإنشائها . نظرا لما لهذه المنشآت من أهمية كبيرة . فندرس أولا أحكام التأمين بوجه عام ، ثم ندرس الأحكام الخاصة بضمن المهندس والمقاول .

المطلب الاول

الضميمة بوجبه عام

حيثما ان القول يلتزم بتنفيذ العمل المجهود به اليه ولذا للمواد ذات المتعلق بها . وطبقا لاسول الفقه التي يحكم هذا العمل ، وترتب على ذلك انه يعتبر لا بالتزامه اذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات ، او غير متفق مع تلك حول ، ان يعتبر العمل في هذه الحالة صحيحا . فالحال ان يضمن بحسب صفة . في ذلك فلا يمس المصارى الذي وضع تصديقا لبناء يكون مسؤولا اذا لم يرض عنه وضعه لهذا التصميم للقيود والاشتراطات التي تفرضها القوانين لائحة الخدمة بالبناء . كما هو الحال بالنسبة لتحديد القسي ارتفاع للبناء مثلا . كذلك قد يتعد القول بخدمهم هذه العمل كلها او بعضها ، وفي هذه الحال يكون مسؤولا عن جودتها وخطيئتها لرب العمل فلذا لم تكن هناك شروط او مواصفات على درجة المواد من حيث جودتها ولم يمكن استخلاص ذلك من المرفوع من اي طرف اخر التزم القول بان يتقدم موافا من سند مقصود (م ٨٦٦ رعايتي)

فاذا تبين ان ثمة عيوب في عمل القول او في المواد المستعملة منه ، كان معبرا بالتزامه . وجاز لرب العمل ان يطالب : اما بالتنفيذ المعيني . ويكون ذلك باصلاح هذه العيوب اذا كان ذلك ممكنا . ولتر ادى ذلك الى اعادة القيام بالعمل من جديد مع مراعاة ما للمصلحة من سلطة في رفض السكم بالتنفيذ المعيني . والاقتصار على الحكم لرب العمل بتمويض التعدي . اذا كان في التزام القول بالتنفيذ المعيني واعادة العمل ارفاق له (م ٢/٢٤٦ مدني) . ولذا طالب رب العمل بالتنفيذ المعيني فلان له فضلا عن ذلك المطالبة بتمويض الاضرار التي لا يسببها هذا التنفيذ كالضرر الناتج من تعذر استكماله للعمل ، بسبب الوقت الذي يخلقه اصلاح ما قام به القول .

ولرب العمل فضلا من طلب التنفيذ المعيني ، ان يطلب تسليح القاطنة لاجل القول بالمواصفة وتسلمه عملا صحيحا ، ويخضع طلب التسليح للقواعد العامة

ولا يلتزم القضاء بإجابه أو تحقق له خلال المداول بالتزاماته ، وذلك إما كان هذا للاخلال قليل الأهمية وكان المداول قد نفذ التزاماته له بملئها (م ١٢٧٧ م.م)؛
 رآرب العمل ان يغبل العمل بصيوجه ، فلا يطلب امتلاحه ولا فسبح المقده ، ويكون له في هذه الحال أن يطالب بمعوض ما لحقه من ضرر بسببه عيوب العمل أو عيوب المواد المستعملة ، ويتم ذلك عادة عن طريق نقص الاجر المستحق للمداول يستندار التعويض المستحق لرب العمل .

ويجوز على رب العمل معه اثبات عيوب العمل ، أو عيوب المواد المستعملة فيه ، وحتى اثبت رب العمل ذلك ، كان المداول مسؤولا عن هذه العيوب ولا يكلف رب العمل غير عتائق لما هو متفق عليه ، أو لما توجبه أصول المهنة . فإذا اثبت ذلك من التزام المداول بالتزام العمل على كونه ، تتفق عليه ووفقا لأصول المهنة ، القوم بنتيجة يثبت الاخلال به بمجرد اثبات عدم تحقق هذه المتبعية ، أي بالبات أن العمل غير مطابق لما هو متفق عليه ، أو لما توجبه أصول المهنة ، فإثبات ذلك كان المداول مسؤولا عن هذا الاخلال ، ولا يستطيع ان يفتح مسؤوليته هذه إلا بإقامة الدليل على أن سببا اجنبيا عنه هو الذي أدى إلى هذه العيوب .

المسؤولية على ضمان المداول :

قبول العمل هو الأمر الذي قام به المداول من عمل بعد استئيب واسترافه بأنه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجبه الأصول المهنية .
 فما هو الأمر عند قبول على التزام المداول بالاضمان ؟
 لا شك أنه إذا كانت عيوب العمل ظاهرة وقت القبول بحيث أنه كان في امكانه رب العمل أو من اتا به عنه ان يكتشفها أو يذلل في نفس العمل ما يذلل الشخص المتبادر ، فإن قبول العمل رغم ظهور هذه العيوب يستلزم حق رب العمل في الرجوع على المداول بضمانها .
 وهذا الحكم رغم عدم النص عليه يتفق مع قواعد العامة ، إذ ان قبول رب العمل له دون تحفظ رغم علمه بهذه العيوب ،

يقيد أنه لا قدر أنها لا تؤثر على العمل ولا تنقص من قيمته أو أنه قد تؤول ضمن
 حقه في الرجوع على المأول بالضمان ، وإذا كان رب العمل لم يكتشف حسن
 الصوب لانه لم يخل في فحص للعمل عنابة الشخص المتأه ، فإنه يكون عسلا
 وعليه أن يتحمل نتيجة اتصاله ، فلا يكون له الرجوع أيضا على المأول بالضمان .
 وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولها :
 « متى لم تسلم العمل فملا أو حكا ارتفعت مسؤولية المأول عما يكون ظاهرا
 فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاقي » .^١

أما إذا كان العيب في العمل خفيا ، أي ليس من الوضوح بحيث يمكن كشف
 وقت التسليم أو قبل العمل ، ولم يظهه المأول غشاً من رب العمل ، فإن المأول
 يكون ضامناً للعيب ، وعلي رب العمل أن يخبر المأول بالعيب حال اكتشافه
 له ، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ من القانون المدني بقولها :
 « إذا كانت العيوب خفية أو كانت للمخالفة غير ظاهرة ولم يلاحظها رب العمل
 وقت التسليم بل اكتشفها بعد ذلك ، وجب عليه أن يخبر المأول بها بمجرد اكتشافها
 ولا يعتبر أنه قد قبل العمل » .^٢

وفيه يعهد المأول لقي انتهاء العيب في العمل أو انتهاء المخالفة للشروط الواردة
 في العقد مشا منه . فلم يستطيع رب العمل أن يكتشفه وقت تسليم الشيء أن تقبل
 العمل ، وفي هذه الحالة يكون المأول مسؤولاً من نفسه ، وبمجرد أن يكتشف رب
 العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المأول بالضمان ، أي بإصلاح العيب
 مع التعويض أو بالتخليص مع التعويض خلال مدة ثلاث سنوات من اكتشاف العيب .
 لأن المأول يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية وعموى المسؤولية تستل في كل
 الأحوال بإعطائه خمس عشرة سنة من يوم انتهاء العيب غشا (م ٢٣٦ مدني) (١)

(١) السليوي - المصدر السابق ص ١٠٠-١٠١ .

والاحكام المشددة لبدنه من النظام العام . فيجوز الاتفاق على ما يخالفا
 ويجوز الاتفاق على غير ذلك من ضمان المقاول . فباعتبار الاحكام السابقة
 ولكن لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من الضمان اذا كان المصير واحدا الى نفس
 المقاول او الى خطا جسيم منه او عفا بغير احكام الضمان الواجبة على المهندس
 المقاول والمقاول بالتسوية الى غير البقاء . فان هذه الاحكام لصغر من النظام
 العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفا .

المطلب الثاني

ضمان المهندس للمقاول والمقاول لمصير البقاء والضمان الضمري

لم يترك المشرع التزام المهندس المقاول والمقاول خالصا لاحكام الخاصة في
 الضمان التي تنص على كل عقد المقاولات ان كانت طبيعة العمل التي تنفذ
 عليه . بل وضع احكاما خاصة لهذا الضمان ، حيث فيها من مسؤولية المهندس
 والمقاول وامرهما بالضمان من جهة التي يقع في الثباتي والمنصب المثابة الاخرى
 ومن كل جهة يقع فيها من ضلالتهم تهدد سلامة تلك المنشآت . لذا وقع عموما
 التبرع او اوجب خلال مدة مدية ، وذلك نظرا لما قد يترتب على اهمال
 من المبرور جديرة تصيب الارواح والاموال ، ولا تقتصر على من كان طرفا في
 التعاقد . بل يمتد الى الغير . وكذلك لصحت المهندس والمقاول على بذل كل عناية
 وجهد والحداد كل الاحتياطات اللازمة والحكمة لتكون الثباتي والمنشآت التي
 يقومونها حثيثة وسليمة لا يتخلل منها على رب العمل ولا على الغير . خلاصة
 ان رب العمل ما يكون جاداً بغير البقاء ، وباتاني لا يستطع اكتشاف ما
 به من عيوب وقت تسليمه فضلا عن ان كثيرا من هذه العيوب ما يكون خطيا ولا
 يظهر اثره الا باستعمال البقاء لفترة من الزمن (١) .

(١) غروت انيس الاستعيني في مسؤولية المهندس المقاول - من اعداد مصطفى
 دجيب في بحثه التكميل والضمان الضمري للمهندس والمقاول البعدي في
 مجلة العلوم القانونية - المجلد ٧ - العدد الاول والثاني - ص ٧٠ .

✓ (٢) عيوب الضمان

✓ (٣) جزاء الضمان .

✓ ١١. ائخذ الضمان .

(٦) طرفا الضمان :-

وهما طرفا عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة . لكي يتحقق الضمان ، يجب
ن يكون :
١- انه عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة .
٢- واننى يرتب في ذمته الضمان
ويكون مسؤولا عن عيوب البناء هو المهندس المعماري والمقاول في عقد المقاوله .
واندى يطالب بالضمان في عقد المقاوله هو رب العمل او من يمثل حظه الذي
انطابقا ، اخصان .
١- فانيوس والمقاول هما اخصان بالضمان ورب العمل هو
الذئ بالضمان وهما طرفا عقد المقاوله .

نولا :

الالتزام للمسؤولين من عيوب البناء (الفرد بالضمان)

لا يسأل من عيوب البناء وفقا لاحكام (المادة ٨٧٠) الا المهندس المعماري
والمقاول .
ويخصه بالمهندس المعماري في هذا المجال الشخص المكلف من قبل
رب العمل .
باعتبار الرسومات والتصميم اللازمة لاقامة المباني او المنشآت
الانخرى .
والاشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء .
فانما اشترك اشخاص
في القيام به هذه المهمة كانوا جميعا مسؤولين في حدود ما قلعوا به من عمل ، ويلاحظ
ان الشخص الذي يضع الرسومات والتصميم اللازمة لاقامة بناء ويشرف على
تنفيذها يعتبر في حكم المادة (٨٧٠) مهندسا معماريا ويكون مسؤولا .
سواء
كان له الحق قانونا في حمل هذا المكلف او لم يكن له ذلك .
اذ ان العبارة ليست
بالصفة القانونية لمهنة معماري . بل بصفة الاعمال التي يقوم بها (١) .

(١) تروت انيس ص ١٠ ، مصطفى دجيب ص ٩٤

وقد يحدث ان يختصم عدة أشخاص على وضع التصميم دون ان يكلف بالترقية على التنفيذ . وفي هذه الحالة لا يسأل عن تهم البناء او عسا يظهر فيه من عيوب الا اذا ثبت ان ذلك يرجع الى التصميم الذي وقعه (م ٨٧٩ مدني) ويقع عبء البينات ان العيب يرجع الى التصميم على عاتق رب العمل ، فان عور من ذر يتوز المهندس بمسؤولا .

ويجب لسلك المهندس المصري وفقا للمادة (٨٧٠) ان يكون مرتبطا بمسرب العمل بمله مقاوله كما ذكرنا ، ان يكون ملتزما بتكليف بوضع التصميم والاشرافه على العمل في مطابق لبر ، فان كان للمهندس يقوم بالعمل دون ان يرتبط مع رب العمل بمله ، كما لو قام به مجانا فمعه لرب العمل ما كان يقوم بالعمل بمله على عهده لغير المقاوله ، كما كان مرتبطا برب العمل بمله عمل . وكان يقوم بمله تحت اشرافه ومعارفه ، فانه لا يكون مسؤولا وفقا للمادة (٨٧٠) بل ترتب مسؤوليته في الحالة الاولى وفقا لاحكام العامة في المسؤولية التصيرية . وفي الحالة الثانية وفقا لاحكام العمل . ولكن متى كان العقد الذي يربط المهندس برب العمل عهده مقاوله ، فانه يكون مسؤولا ولو تعدد مجسره بسلخ ثابت طوال المدة التي يستمرها العمل .

والشخص الثاني المسؤول عن الدفن وفقا للمادة (٨٧٠) هو المقاول ، ويقتصد به كل شخص عهد لرب العمل بخلافه بمله او منعت ثابتة اخرى في مقابل أجره دون ان يخضع في عمله لاشرافه او رقابة رب العمل . ويجب ان يكون المقاول مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاوله ، فاما كان من يقوم بالعمل بمله تحت اشراف ورقابة رب العمل بمله على عهده عمل ، فانه يعتبر عاملا لا مقاولا وبالتالي لا يكون مسؤولا وفق المادة (٨٧٠) .

كذلك اذا كلف المقاول مقاولا من الباطن (المقاول الثانوي) بانجاز العمل كله او بعضه ، فان المقاول من الباطن لا يكون مسؤولا تجاه رب العمل ، لانه لا توجد

رابطه عقدية بينهما والقرار ان المادة (٨٧٠) انما تنظم المسؤولية التقديرية للمقاول مع ملاحظة ان نزول المقاول عن المقولة الى غيره لا يخل بحق رب العمل في الرجوع عليه . كما لو كان هو الذي قام بالعمل ما دام لم يخل هذا النزول ولم يقصد ابراء المقاول الاصلي من التزاماته (١) .

فانما قام شخص بالتدخل بناء على عقد مساواة يربطه برب العمل . فانه يكون مسؤولاً وفق المادة (٨٧٠) . سواء كان قد كلفه بالتجاوز كن الاعمال اللازمه لخدمة البناء . (لم كان مكلفاً فقط بنوع من هذه الاعمال . وعلى ذلك يشمل نطاق مسؤولية ضللا عن المقاول العام ، مقاولي البناء ومقاولي الاساسيات ومقاولي اعمال اعمية . مع مراعاة ان مسؤوليتهم تقتصر على ما قاموا به من اعمال ولكن المسؤولية لا تنتقل من يقتصر عمله على اتيان باعمال لا تهدد سلامة البناء او ممتلكاته اذا تمت محبة كمقاولي البياض والعمان . كذلك يسأل المقاول اعمى كانت الطريقة التي اتبعت في تحديد اجرة اى سواء كان هذا التحديد قد تم جزئيا . او على اساس الوحدة .

٢- مسؤولية -

الاشتغال المستقلين من ضمن تكتسب والمقاول بالتميز

الالتزام بالتضامن الذي تقرر المادة (٨٧٠) على المهندس للمقاول مقرر لصالح رب العمل . لذلك فلا يستطيع ان يتسكك بأحكامه الا رب العمل . لذا توفي رب العمل غلورته الحق في التسكك به في مواجهة المهندس والمقاول . كذلك اذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل ، فان خلفه الخاص كالمشترى والمورث له يستطيع ان يرجع على المهندس والمقاول بأحكام هذا التضامن . لان

(١) راجع قرار محكمة التمييز رقم ٧٤٠ / ١٤ / ٧٢ في ٧٢ / ٧ / ٦٢ - المضمرة القضائية العدد الثالث - السنة الرابعة ص ١٢٠

التي في الرجوع بالخدمات على ٧٤، ١١٥-١١٦ من مرسوم من مصلحة المبيع الذي
 يحتل منه إلى من انقلب إليه الملكية دون حاجة إلى النص عليها عراحة في
 العقد، ولو كان السبب الذي ادعيت به الملكية لا يلزم التأجيل بالتمكين (١) .
 ما هو رب العمل وحده نظام والمادة ١١٥-١١٦ من مرسوم الرجوع على
 والمداول وفقا لأحكام المادة (٨٧٠) وبمقتضى خاصة إذا كان المداول الأصلي في
 من التأجيل، ثم قد تمضيها نظير ذلك لا، تأجيل إلى صيغة هذه المادة فيدرج مع
 من التأجيل ١١٠ وذلك لأن المداول الأصلي والمداول من التأجيل من التأجيل
 انضبة مستساويان فلا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية بينهما وفي حين أن
 العمل لا يمكن إحصاءه في مرسوم المهندس أو المداول من التأجيل الفنية (٢) .

الاضطرار التي يسأل عنها المهندس والمداول

لا يسأل في نفس المداول وفقا للمادة (٨٧٠) إلا من الإضرار الفاعلة من
 يعدم كلي أو جزئي فيما شهده من مبان أو المكون من منشآت لأية أخرى أو
 ما يوجد في هذه المباني والمنشآت من مبان يربط عليها قهراً شاة البناء
 وبما عليه (٣) .

وعلى ذلك يجب لالتفات هذه المادة أن يكون العمل الذي هو به إلى المهندس
 والمداول هو تشييد مبني أو إقامة منشآت أخرى من أي نوع كان ، فاعطال
 وانحطت الفاعل والمنشآت الأخ ، كل هذه مبان يجوز أن يتدخل فيها
 عطلاتها الفنية ولا يستلزم أن يكون الفني قد شهد بالظهور أو بالمجازة ،
 بل يجوز أن يكون قد شهد بالتقصير أو غيره من الموانع ، المهم أن يكون البناء

(١) محمد كامل مرعي - المختصر السبيل - ص ٥٠٩ - مبحث تبيب شطب فني
 شرح أحكام هذه المبيع ص ١٤١ .

(٢) تقرير لجنة الفنون المصرية بمجلس النواب المصري في مجموع
 الأعمال المصرية ص ٢٢ .

(٣) النظر لمرام محكمة المميز رقم ٩٦٦ / سقوتها / ٩٩ في ٢٦ / ١٠ / ٩٩
 قسماً محكمة المميز - العدد المسمى - ص ٢٠٢٢ .

مستقرا ثابتا في مكانه لا يمكن نفيه دون حمله ، أما المنقذات الناتجة الاخرى التي يسببها النقص فيسدل فيها اقامة العصور والقطار واسود الخ (١) ، وتدخل الترميمات اللازمة لمباني والمنشآت الثابتة ضمن الاعمال التي ينفذها النقص ، متى كانت ذات علاقة بمناصر جوهرية في البناء وسلامته (٢) -

ولا يسأل المهندس والمقاول عن كل ضرر يصيب المباني والمنشآت التي اقامها ، بل تقتصر مسؤوليتهم وفقا للمادة (٨٧٠) على تهم المباني والمنشآت تهدم كلياً او جزئياً (أي انفصال جزء من البناء) ، او وجود عيوب يترتب عليها تدمير سائر ابناء وسلامته ، كضعف الاساس ، أو عدم الاحتباب والتمسك المستعملين في البناء ، أما العيوب الاخرى التي لا يترتب عليها تدمير سائر البناء او سلامته فلا تدخل في نطاق المسؤولية المتقدمة ، وعلى ذلك لا يسأل الناظم والمقاول وفقا للمادة (٨٧٠) عن توزيع الاماكن داخل البناء توزيعاً غير صحيح او عدم جودها ، ولا يشترط في العيب ان يكون قديماً ، اي موجوداً وقت قبول رب العمل للمسؤولية تتناول العيوب القديمة كما تتناول العيوب المتفرقة بسبب اللزوم ، وفي ذلك يبدو خروج احكام المهتمين والمقاول على التواعد السليمة لسي المسؤولية الناشئة من عقد القفولة ، إذ لا يضمن المقاول عيوب عمله ، وفقاً لهتم التواعد ، لا كانت هذه العيوب قديمة ، اي موجودة في العمل عند تسليمه ، أو على الاقل ان يكون مصدرها موجوداً في ذلك الوقت ، أما مسؤولية المهتمين

(١) استهتوري المسعر السابق - من ١٠٧ - ١٠٤ .

(٢) د. م. وولف التمددين القانوني ان تمييز منشآت ثابتة اخرى الواردة في المادة ٨٧٠ يشمل افعال التبلط وتأسيس مشاريع الماء والكهرباء وشبكات الاسلاك الكهربائية والتأهيم توزيع المياه (٤/١٣٦ في ٩٥٧/١/٢٢ الفصل المدني اعمق في ١٩٦١ ج ٢ من ٢٩١ .

واعتاد زخا جماعة (٨٧٠) ، متعلق ولو لم يثبت أن العرب قد موجود في اليمن وقت إقرار رب العمل له (١) .

وينبغي أنه إذا كان العيب طارفاً فلا معنى لاستعراضه أن يكون خطياً وقلت القبول . لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت . لما إذا كان العيب قديماً ، أي موجوداً في اليمن وقت القبول . فإن المأول والمهندس لا يضمنه إلا إذا كان خطياً فهو مظلوم رب العمل في ذلك الوقت ، وفيه يمكن كسبه ولو بذل نهاية الشخص المعتاد في لحيته ومسايقته للمبنى

أما إذا كان العيب معلوماً رب العمل وقت المعاينة والقبول ، أو كان ظاهراً بحيث كان في استطاعته أن يكتشفه لو أنه بذل في فحص المبنى عنابة الشخص المعتاد ، فإن القبول يعني المأول والمهندس من ضمانه بما قدم قد تم القبول دون أي تحفظ بشأن هذا العيب . ويتفق هذا الحكم مع التواعد العامة لأن القبول يعني موافقة رب العمل على البناء بعائنه التي عليها وقت حصوله . . . ، أي قبوله بالعيب الذي به . وإذا لرفض العمل أو تعرض على أن يحتفظ بحقه في الرجوع وجب أن يلاحظ بأن القبول لا الاستلام المؤقت هو الذي يسلح رب العمل من الرجوع على المأول بسبب عيب ظاهر (٢) .

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٦٣٥ / حقوقية / ١٦٨ (هيئة عامة) في ١٨ / ١٠ / ٦٨ قضاء محكمة التمييز - لائحة السادس - ص ٣٦٦ ، وكذلك القرار رقم ٦٥٦ الألف الذكر .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٣٦١ / م / ٧ في ٨ / ١ / ٥٧ وأعلى جاء فيه : - ترفع مسؤولية المأول عن العيوب الظاهرة وعن مخالفته لما كان عليه بالاتفاق بمجرد تسليمه العمل فعلاً وتقبل مسؤولية المأول كاتمة عن العيوب الخفية والمخالفات غير الظاهرة التي لا يستطيع رب العمل ملاحظتها وقت التسليم (١٠٠٠) - مجموعة الأحكام المدنية - العدد الأول - السنة السادسة - ص ٨٦

مادة الفصلين :-

يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تسليم كلي أو جزلي فهما شيفرة من بيان أو اقامه من منشآت ثابتة اخرى ، او مسا يوجد في خلال هذه الفترة من عيوب تحدث نتيجة البناء وسلامته (م ١/٨٧٠ مدني) فيشترط ان لا يصل مسؤولية المهندس والمقاول ان يحدث الضرر المادي بضمانه في خلال عشر سنوات ، ابتداء من وقت قبول العمل ، أي من وقت معاينة رب العمل للبناء واقراره بمبداثبته لما هو متعلق عليه ، لئلا حرو مضر بالقبول سوت الحادث من تاريخ هذا المضر . أما اذا لم يجرى مضر مضر ، وان كان استخلاص القبول قمعنا من تسليم رب العمل للبناء ، فوي ابداء أي تخطي ، فأن المدة تحسب من تاريخ هذا الاستلام ، فإذا لم يجرى مضر بالقبول ، ولم يثبت تاريخ مضر رب العمل للبناء ، فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية الحساب مع المقاول سواء قام رب العمل بعمل التسوية بنفسه ، أو بالأيدي مدينه المهندس المعماري ، وذلك على أساس ان عمل هذه التسوية يفيده القبول من وقتها طس الاقل [١٦] *

ومدة لعشر سنوات هي مدة اختبار لمادة البناء وحسن تنفيذ الاعمال وليست مدة تاجم . ولذلك فالحال لا يوقف ولو وجد مانع يطر على رب العمل ان يطالب بعه ، أو كان رب العمل غير كامل الاهلية او غائبا أو مستكوما عليه بمقويصة جنائية ولم يكن له نائب يمثل قانونا .

ويترتب على أن هذه المدة ليست مدة تقادم بل مدة اختيار انه يجوز الاتفاق على اثنائها .

وغالبا ما يكون متعلقا على أن يتم استلام العمل على مرحلتين : مرحلة يكون فيها الاستلام مؤقتا وتستمر فترة معينة ، ويصحا يصبح الاستلام نهائيا

[١] السنيودي - المصدر السابق - ص ١٢٢ *

والخلاصة انه من غير ط. لا يمكن الرجوع رب العمل على المهندس والمقاول
بالاصابة ضمن المادة ٢٨٧١، انه يثبت التعدي او يوجب التعدي في خلال السنوات
التي يوجب قبول العمل، المادة ٢٨٧١، حيث ان المقاول يثبت لا يجوز الرجوع عليه
بالاصابة، بل يجب ان يثبت بعد ذلك من قسم او يوجد من يوجب، ولو ثبت
مطالعة اي وان كان ذلك واجبا الى مخالفة عديدة لشروط ومواصفات العمل .
ولكن اذا كان المقاول قد استكمل طرعا احتياليا لميل رب العمل على قبول
بناء فيه، مطابق لمواصفات الخلق عليها . فلو هذا القبول يكون باطلا راسخا
لا يصح على رب العمل الرجوع بالمضمان ولو لم يقع التعدي او يتكشف التعدي
٢٨ منه متى مضى عشر سنوات من تاريخ القبول .

ولكن اذا ائتم رب العمل بوصفة حارسا للبناء، يتعرض من اصابه فسرور
بمبنى منهم هذا البناء، حتى يجوز لرب العمل الرجوع على المقاول بما دفعه
للمشروع او كان له متى على القبول اكثر من عشر سنوات ؟

يفر القضاء في مصر بوجه عام هذا الرجوع على اساس أن الضرر لو طالب
المقاول مباشرة، ما كان لهذا الأخير ان يدفع هذه المطالبة بمبنى غير متواتر
على قبول رب العمل البناء، لأن مسؤولية القبول تجاهه مسؤولية تقصيرية (١).
وهذا الحكم محل نظر في نظر بعض الفقه في مصر (٢) .

سبب الإجابة -

لاشك ان رب العمل الذي يطالب المهندس والمقاول بالتعويض ما اصابه من
ضرر، يلتزم أولا باليات هذه القنونة المبرم بينه وبين كل منهما، وبإثبات
حصول تعدي كلي او جزئي في البناء، الذي اقامه، ولو جرد بهب ع مد مقايمة
وبطاعة . ان عليها متراحم اعمالا في المصلحة العامة .

(١) مرافعة ٢٨ يونيو ١٩٣٨ . د الور الأسبوعي ١٩٣٨ - ٥٦٦

(٢) محمد أسبب شبيب - المصنف السابق - ص ١٢٢

و لكن هل يلزم حب العمل بالقيام وجود خطأ في جانب المهندس او المقاول
الذي يرجع عليه ؟ لتوقف الاجابة على هذا الجزال على صورة طبيعة الالتزام
الواقع الى كل من المهندس والمقاول ، هل هو التزام بوسيلة ، الذي بمجرد فشل
هناك مدة في نهجها ، ام هو التزام بنتيجة ، هي بقاء البناء سليماً حسب لال
المشر سفراء العاليه لعملة ؟

الذي يرميه البعض (١) في هذا الشأن هو ان التزام المهندس والمقاول هو
التزام بنتيجة فهما لا يلتزمان بمجرد بذل العناية او جهد في سبيل اقامة البناء
عنه ، بل يلتزمان بنتيجة هي ان يظل البناء الذي يقبضه سليماً ومتيناً
لمدة عشر سنوات بعد قبول حب العمل له ، يوردون أن عبارة المادة (٨٧٠) للمسا
توجب الاخذ بهذا الرأي ، إذ استعمل المشرع تعبير (الضمان) للدلالة على
مسؤولية المهندس والمقاول ، وهو تعبير انصوري الذي استعماله فيما يتعلق بضمان
التمريض وضمان لحيوب النقية التي قد توجد في القصر والبيع والمزجر دون حاجة
في ثبات الخط من جانبها .

بل ولو كانا لا يملكان بوجود العمل بالقيام يستند اليه المشرع في فرضه ، أو
العيب الذي يؤثر في قيمة أو سلامة المبنى (٢) - ومن قبل أن لاخذ بهذا
الرأي - ويلاحظ ان اعتبار التزام المهندسين والمقاول التزاماً بنتيجة لا يتوافق
الاستكام العامة في عقد المعلقة ، هذه هي رأينا ان التزام المقاول بالقيام بالعمل
على توجه المثل عليه ، وذلك لاصول الفن ، هو التزام بنتيجة ، ويجب الاخلاق
به بمجرد اتمامه يتم تحقق هذه النتيجة ، فكل من التزام المهندس والمقاول بالبناء
بأمانة ، لا يفهم ولا توجد به عيوب في خلال عشر سنوات هو التزام بنتيجة .

(١) محمد ايوب شبيب - المصدر السابق - ص ١٢٢ ، سليمان مرقس (دروس
في المسؤولية المدنية لطلبة قسم الدكتوراه) - ص ٢٩٨ ، مايو ١٩٢٩ جلد
١٩٦٧ .

(٢) محمد ايوب شبيب - شرح أحكام عقد البيع - ص ١٩٣ ، موضح أحكام
الإيجار للمؤلف نفسه ص ٢١٤ .

ويتركب على الحكم "لنقدم انه بمجرد لورت عدم تحقق العبرة المتقدمة ،
أي باقامة الدليل على حصول تعسف كلي أو جزلي ، أثر على وجود عيب في البناء .
يعتبر المهندس والمقاول ملحقين بالتزامهما ، وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع
عليهما بالتأمين دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب أي منهما (١) .

ولقد استقر القضاء الفرنسي على القول بوجود الرتبة طمس خطأ المهندس
والمقاول نظرياً وبالعقل من عيب البناء . وإن كان قد قصر نطاق قيام عمله
المفردة على المقارنة الهندسية (٢) .

(٢) مسؤولية التأمين

يتعلق التأمين إذا لم سببه ، وسبب التأمين لما أن يرجع إلى عيب قسري
التصميم ، وأما أن يرجع إلى وجود عيب في البناء ، فيجب في جميع الأحوال أن
يتم خلال فترة مسؤولية من وقت تسليم العمل .

والتصميم يفهم عادة مهتمس مصادري وأحياناً يفهمه رب العمل . فبالإضافة
لضعفه وبالعقل وكان معيباً فلا يرجع إلى أحد . أما إذا دفعه شخص آخر
غيره كالمهندس أو المقاول كان واضح التصميم هو المسؤول عن عيوب التصميم
ويتعزم بالتأمين . ويسأل المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو الذي
دفعه كما كان قد نبهه دلتان بالإقرار على تفتيده (٣ ٨٧١/١ مدني) .

ولقد يرجع سبب التأمين إلى وجود عيب في البناء ، وذلك لعدم مراعاة تقاليد
الاداء ، أو البطيئة في إقامة البناء مما أدى إلى التجهيز أو غائب المقاول انشروط
التي وضعها رب العمل أو كانت المواد المستخدمة رديئة أو غير سالبة . فسي

(١) - نيمان مرقمر في تطبيق له بيجنة القانون والاقتصاد - السنة السابعة -

ص ٦٥٦ ، نيف ١٥ ، محمد جيب شبيب - المصدر السابق ص ١٣٤ .

(٢) - مصدر جيب شبيب - المصدر السابق - ص ١٤٠ ، جعفر الطائي - المصدر

السابق - ص ٤١٩ .

كل هذه السلالات يصبح المقاول مسؤولاً عن الضمان باعتبارها الشخص الذي يتولى
المقاول في المسؤولية عن الضمان باعتبارها الشخص الذي تولى البناء . وإذا اشرف
المهندس على تنفيذ ذلك العمل ، فإن المهندس يشترك مع المقاول في المسؤولية عن
الضمان . ١٠٠٠ أي أن المسؤولية هنا هي مسؤولية تضامنية بين
بين المقاول والمهندس المتباري على ما سيأتي فيما بعد التفصيل .

ولقد لا يرجع سبب الدعوى إلى عيب في التصميم ولا إلى التصميم ولا إلى عيب
في البناء . وإنما يرجع إلى وجود عيب في الأرض التي القيم عليها البناء ، فإن المهندس
والمقاول يكونان مسؤولين عن الضمان وعلى سبيل التضامن وفقاً لنص الفقرة
الأولى من المادة ٨٧٦ مدني (٩) . أما عند الضمان التي يقوم فيها سبب الضمان
بعد سبق لها الظلام عنها .

(٣) كيفية دفع المسؤولية (كيف يتقضي الضمان) : -

وأما أن لا نفس والمقاول يسألان عن تهم البناء ، الذي القامه إذا حصل
ذلك في سداد خمس سنوات من تاريخ قبول العمل ، وأنه لا يلزم لونه المسالمة
أثبتت منه في جانب مفسد ، ولكن ذلك لا يعني أنه لا يمكن فيها أية وسيلة
المهندس من هذه المسؤولية ، ذلك أن مسؤولية المهندس والمقاول وإن تم على
الخطأ ، فهي مع ذلك تتطلب طبقاً للقواعد العامة أن يكون الضرر الذي أصاب ديم
العمل منسوبا إلى فعل المقاول أو المهندس ، أي إلى عملية إقامة البناء ، وبعبارة
أخرى يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين التصميم أو العيب وبين التلف
من المهندس والمقاول ، فإذا انقضت هذه العلاقة فلا محل لمسألة أي منهما .

ولذلك فمن المسلم به أن مسؤولية المهندس والمقاول التي تقرر وفقاً للمادة
(٨٧٠) ، يمكن مقفها بنفي دابطة السببية ، أي بالثبت أن التصميم هو العيب نشأ

١١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٦١١ / هيئة عامة / ٧٣ في ٧٤/٣/١٦ -
انتشرة قضائية عدد ١ لسنة ٥ - من ١٩٨٨ وقرارها رقم ٦١٠٠ / حوائية
٦٣/ في ٦٣/١٢/١٧ - قضاه محكمة التمييز المجلد الأول من ٨٥ -
جعفر الفاضلي - المصدر السابق - من ١٢٠ .

من سبب اجبري لا يتحملها فيه ، كقوة القاهرة او خطأ رب العمل او خطأ شخص آخر .
التي لا يستل من المهندس ولا رب العمل (١)

ونكفي لا يكفي لتبني مسؤولية المهندس او المقاول ، ان يجتهد احداهما أثناء العمل في حايته ، لاستعادة مثلا كل الاحباطات اللازمة لمنع حدوث لهدم او حرق غيرت ، او لتدائه عنابة السطح المتعار في وضع التصميم والاضراف على العمل او في القيام بمسألة البناء ذاتها ، لان الترتيبات ليس بواسطة بل هو يتحمل نتيجة كذلك لا تنتهي مسؤوليتهما اذا ظل سبب التهدم هو العيب بجهولا ، وبخلاف في القوة القاهرة . ولذا للوقوع العامة ، الا يكون من الممكن توقعها او تجنبها وان يكون له حيلت لتفيد الالتزام مسبقا ، فلا يمكن ان تكون قد جعلته معسبا وقد حرص المشرع في المادة (٨٧٠) على النص صراحة على ان المهندس والمقاول يتحملان ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها (٢) ، فمجرد وجود عيب في الارض ادى الى التهدم او الى عيب في البناء ، لا يكفي لتبني المسؤولية ، وذلك لانه متوقع ، ومن واجبات المهندس المعماري ان يلزم بمسح الاختبارات اللازمة على الارض التي سيبني عليها ، ليكشف طبيعتها ويكشف عيوبها

كما ان هذه العيوب من الممكن تلافيها لتجنبها المتابعة بخبرة الارسل ، فضلا عن ان في عيوب التربة بصفة عامة ، الشروط الواجب توافرها ليجب ان يكون قوة لعمرة او حادثا مفاجئا . فليثبت ان التهدم يرجع الى عيب في الارض لا ينسب للمهندس والمقاول من المسؤولية ، ولقد قضى بأنه اذا كان المبنى متروكا حين

(١) مست كاسل عربي - المصدر السابق - ٥٠٢ ، شروط انبي الامم على
- المصدر السابق - ص ١٧ - انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٩٧١/٨
في ١٩٧١/٥/٦ - بالضرورة القضائية - العدد الثاني - السنة الثانية ١٩٧٢
ص ٤٥ ، والذي جاء فيه : « اذا استعمل رب العمل المذروع اعتمادا غير صحيح
اخذ الى تهمه فيه لا يمسال المقاول ولو حصل خلال مدة الضمان » .
(٢) « نظر لراى محكمة التمييز السابق الذكر »

التعهد الفلاني عن هبوب التربة ، لأنه يكون مسؤولاً من باب اول من محسوب
المباني القديمة المنخفضة كدعامة لأعمال التغطية ، إذا لم يفر طية المباني ولم يراجه
في مقروحه الاملاكات اللازمة لإزالة هذه العيوب (٦) .

ولكن إذا كان هيب الأرض من العيوب غير المتوقعة ، وكان من المستحيل على
المهندس أن يكلفه بإتباع الكواعيد الفنية التي يتبعها مهندس حريص ، لأن
هذا العيب يعتبر قوة قاهرة وبالتالي ينفي المسؤولية عن المهندس والمقاول (٧)
وعتال ذلك أن توجد مزالل مباني أثرية بُنيتْ الأرض على صق كبير في منطقة
لم تكتشف بها : لفر من قبل ولم يزل احد بوجود آثار بها - وغیرها يتعلق بغطاء
ومر العمل ، فإنه ينفي مسؤولية المقاول والمهندس . بشرط أن لا يثبت خطأ في
جانبهما . فإذا ثبت خطأ في جانب المهندس أو في جانب المقاول ، فإن مسؤوليتهما
لا ترتفع كلية بسبب خطأ رب العمل ، بل يعتبر انقصر ناشئاً عن خطأ مشرفه .
وبالتالي توزع المسؤولية على الطرفين ، ويكون ذلك بنفس التوسط المنسحق
لرب العمل . ومن صور ذلك أن يكون لك هم أو لميب قد حصل بسبب إتباع
تعليمات إشارية رب العمل ، أو أن يكون رب العمل اللجأ لدى المهندس
بعد أن التهم أو الميب - (٨/٢٧٠ مدينه) (٨) . لأن الأصل أن المهندس والمقاول
جديران في إن البناء ومكس رب العمل الذي يفترض فيه الجهل بهذا الفن (٩) .

(١) محمد كبيبة قديم - المصدر السابق - ص ١٣٩ .

(٢) انظر (قانون لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب المصري) مجرمة
الاعمال التشريعية ج ٥ - ص ٢٣ ، توغل حمن لرج في سلكوات لطلبة كلية
الهندسة ١٩٥٨ ص ٣٦ ، ثروت انيس - المصدر السابق - ص ١٧ ، محمد
كبيبة قديم - المصدر السابق - ص ١٣٦ .

(٣) ثروت انيس - المصدر السابق - ص ١٣ .

(٤) قرار محكمة القصور رقم ٨٣٠ / ٢٢ / ٢٣ / ٢٥ - القاهرة الدوائية
العدد الثاني - السنة الخامسة ص ١١٤ .

والتي قد وردت في بعض النسخ في الآية الهندسة المصرية وهو في الواقع لا
 وهو منقول عن بعض النسخ هذا هو الذي لا ينبغي التوهم
 والاعتماد على الهندسة لا بد من الاعتماد على الهندسة الذي لا يمكن
 الاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة
 والاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة
 والاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة
 والاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة
 والاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة
 والاعتماد على الهندسة هذا هو الذي لا يمكن الاعتماد على الهندسة

فإن ادعى المهندس رب العمل خطأ في العمل فلا بد من إثبات خطأه
 الصلح خطأه (٢) ولذلك أورد المصنف ما يلي
 ما إذا كان رب العمل من المبرم في فن البناء فلا بد من إثبات خطأه
 والاعتماد على الهندسة لأن الأدلة الهندسية والفقهاء في عمل هندسة الهندسة
 الهندسية رب العمل لا يعتبر خطأ منهما وبالتالي فإن الضرر يعتبر راجعاً إلى
 خطأ رب العمل وحده فترفع مسؤولية كل من المهندس والمقاول (٣)

رغم أن في فرنسا فإن المهندس المعماري لا يلتزم فقط بالإشراف على
 أعمال البناء بل على المثل الذي يجري فيه العمل وأنه يرتكب خطأ إذا لم
 يظهر رب العمل بالاختيار النافذة من وجود بعض ملاحظات في مكان العمل ولم
 يطلب منه رفعها أو إثبات بعض ملاحظات الحريق ويكون المهندس مسؤولاً عن الإضرار

(١) محكمة المميز الفرنسية في ١٣ / ١ / ١٩٨٢ المتقود في الأول ١٩٨٢ ص ٢٩
 (٢) محمد لبيب كتب - المصدر السابق - ص ١٢٨ - قرارات المحاكم المصرية
 والفرنسية المنشور فيها في الكتاب .
 (٣) المصدر السابق وقرارات المحاكم الفرنسية المنشور فيها .

الباشئة عن ذلك بالرغم من خطأ رب العمل الذي لم يرفع هذه المضائق . كذلك إذا كان المقدم قد ثقا عن عيوب المواد التي وردها رب العمل ، فان ذلك لا يسري على المقاول والمهندس من المسؤولية . اذا كانت هذه العيوب ظاهرة او كان من الممكن اكتشافها ، لانه كان من الواجب عليهما رفض استخدام هذه المواد (١)

ويلاحظ ان وجود مهندس من قبل رب العمل يراقب البناء لا اثر له على مسؤولية المقاول تجاه رب العمل . ولو تلقى من المهندس تعليمات تخالف اصول فن البناء ، لانه مسئول عنه في عمله ولا يلتزم بالطاعة اوامر المهندس اذا كانت تخالف هذه الاصول . ولا تطابق المواصفات المتفق عليها في العقد .

تقسيم المهتمين والمقاول في المسؤولية

يتم من المهتمين المصادري والمقاول ما يحصل من تدمر او عيوب في البناء التي الامامها - (م/٨٧٠/٩ مدني) .

وعلى ذلك يستطيع رب العمل ان يرجع عليهما ما بالمسؤولية ، فلذا حكم له بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء التدمر او العيب ، كان له ان يلتزم هذا التعويض منهما معا او من واحد منهما فقط .

ولرب العمل ان يكتفي بالرجوع على لا شخص واحد او على المقاول وحده . وفي هذه الحالة يحكم على من رجع عليه بتعويض كل الضرر الذي اصاب رب العمل .

رجوع للمهندس والمقاول الواحد على الاخر

ولكن التضامن بين المهندس والمقاول لا يقوم الا في علاقتهما برب العمل ، اما في علاقتهما بالآخر فلا تضامن ، بل تقسم المسؤولية عليهما .

(١) المصدور السابق وقراءات المحاكم الفرنسية المتأخر اليها فيه

فإذا كانت مسؤولية ما قد قامت دون أن يثبت خطأ من جانب أي منهما ، فإن المسؤولية نصيب طليهما بالتساوي ، أي يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به . ولكن إذا ثبت أن تدهور البناء أو وجود عيب يرجع إل خطأ المهندس فقط أو إل خطأ المالك فقط ، فإن ذلك وإن لم يمنع رب العمل من الرجوع طليهما ما لو على إا ما بالمسؤولية نظرا لعضائهما ، فإنه يجيز كثير للمطليء منهما تسبيل المخطئ المسؤولية كاملة . فإذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن خطأ المهندس رجعه .

لأن التصميم الذي وضعه كان ممبيا مثلا ، وكان هذا العيب غير ظاهر بحيث لم يكن في وسع المالك أن يكتشفه ولو بذل غاية مكاره في دراسة التصميم ، فإن المهندس يجب أن يتحمل في النهاية عبه المسؤولية الكاملة ، فإذا كان قد دفع كل التعويض المستحق لرب العمل ، لم يجز له الرجوع طلي المالك بل هو وإذا كان قد دفع نصف هذا التعويض فقط ودفع المالك النصف الآخر ، كان للمالك أن يرجع علبه بما دفعه ، وإذا كان للمالك هو الحق دفع التعويض الكامل ، كان له الرجوع بكل ما دفعه طلي المهندس (١) .

ويلاحظ أن المهندس يسأل عن عيب التصميم ولو لم يكن هو واقعه إذا كان قد قبله ، وقام بالإشراف على تنفيذه - كما تقدم القول - وكذلك إذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن خطأ لرتكبه المالك ، بحيث أن حله الخطأ كان حصو السبب الوحيد للضرر . فإن المالك يجب أن يتحمل عبه المسؤولية الكاملة ، كما لو ثبت أن التدهور أو العيب قد نشأ عن استخدام المالك لمواد معينة بحسب خطة لم يكن في وسع المهندس كشفه ، ولو بذل غاية مهنته في فحص هذه المواد ، ولم يقع منه أي فعل أو تفكير في الإشراف على عيبه

(١) انظر في هذا الحسب قرار محكمة التمييز رقم ١٧٧ / هيئة عامة أول / ٧٢ في ٧٣ / ٢ / ٧٣ المنشورة في الجريدة الثانية لسنة الواحدة - ص ١٥٣ .

بناءً وإدارتها ، ففي هذه الحالة إذا كان المقاول هو الذي دفع التعويض كـ
لرب المثل ، فلا يجوز له أن يرجع بدفعه على المهندس .

إذا كان لم يدفع سوى نصف هذا التعويض ، ودفع للمهندس النصف الآخر
جاء للمهندس أن يرجع على المقاول بما دفعه ، وإذا كان المهندس هو الذي دفع
التعويض كاملاً ، كان له أن يرجع بكل ما دفعه على المقاول .

أما إذا تبين أن التهم أو المييب قد نشأ عن خطأ كل من المهندس والمقاول ،
فإن المسؤولية تقسم عليهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في أحداث الضرر ،
مع مراعاة درجة جسامة هذا الخطأ ، وذلك مراعاً أن كل دفعهما قد ارتكب خطأ
مستقلاً عن الخطأ الذي ارتكبه الآخر ، أم كان الاثنان قد ارتكبا خطأ مشتركاً .

وعلى ذلك توزع المسؤولية بين المهندس والمقاول ، فإذا ثبت أن الضرر نشأ
عن عيب ظاهر في التصميم ، فالمهندس : الذي دفع هذا التصميم المييب يتسبب
مخلفاً ، والمقاول الذي قبل تنفيذهم ، رغم ما ظهر فيه من عيوب ، يعتبر ايضاً
مخلفاً .

كذلك توزع المسؤولية إذا ثبت أن الضرر يرجع إلى ما ورد في المقاول عن
مواد معيبة بخيوب ظاهرة ، لأن المقاول يعتبر ضامناً لوجود المواد التي يوردها ،
فيستلزم عن عيوبها ، والمهندس يعتبر مخلفاً إذا سمح باستخدامها رغم ما بها
من عيوب ، أو عمل في تصحيحها ، رغم أن هذا التصحيح كان من فائده بحيث
العيوب .

ولذا كان الضرر راجعاً إلى عيب في الأثرين وكان هذا المييب ظاهرة للمقاول ،
فإنه يكون مسؤولاً مع المهندس ، أما إذا كان هذا المييب لا يمكن اكتشافه إلا بحصول
بعض اختيارات جس العربة التي يقوم بها المهندس ، وكان المهندس قد قام
ببعض هذه الاختيارات ، فبأنه لا يخبر بأنه قد قام بها ، ففي هذه الحالة يحصل
المهندس وحده المسؤولية كاملة .

ويعتبر كل من المهندس والمقاول من الغير في علاقة مع الواحد بالآخر ، وذلك
 لأنه لا يوجد عقد يربط بينهما ، ولو أن كلا منهما يرتبط مع رب العمل بعلاقة
 عقدية ، ويترتب على ذلك أن الواحد منهما في رجوعه على الآخر إنما يرجع
 وفقاً لأحكام المسؤولية التضامنية ، فيتمتع على من يدعي أن الضرر قد نشأ
 بفعل الآخر ، أن يثبت هذا الفاعل وفقاً لأحكام هذه المسؤولية .

كما يلاحظ أيضاً أن لمن دفع التعويض وازداد الرجوع على الآخر ، أن يستعمل
 طريق رب العمل لهذا الرجوع ، لأنه يمثل محله فيها (م ٢٧٩/١ مدني) . فيكون
 الرجوع في هذه الحالة يهدى المقاول .

طبيعة مسؤولية المهندس والمقاول :

رأينا أن المسؤول وفقاً للمادة (٨٧٠) هو المهندس المصاري الذي ارتبط مع
 رب العمل بمقدد مقاوله موضوعه وضع تصميم بناء والإشراف على تنفيذه ،
 والمقاول المرتبط بمقدد مقاوله موضوعه در القيام بمطابقة البناء وفقاً للتصميم
 المصوري .

فطراف المسؤولية اتقن ارتباطاً عقدياً ، وفصلاً عن ذلك ، فإن مسؤولية
 المسؤولية لا تستحق إلا إذا حصل تهم أو عيب ، أي إذا حصل اختلال بالالتزام
 بملام البناء ، وهذا الالتزام ينشأ من العقد المبرم بين المهندس والمقاول من
 جهة ، ووب العمل من جهة أخرى .

ولذلك فمن المسلم به أن مسؤولية المهندس والمقاول وفقاً للمادة (٨٧٠) هي
 مسؤولية عقدية ، لأنها ناشئة من الاختلال بالتزام عقدي ، وذلك سواء نص عليه
 هذا الالتزام صراحة في العقد ، أو لم ينص لأن هذا الالتزام يترتب على كل عقد
 مقاوله بنص القانون .

وتبدو أهمية اعتبار مسؤولية المهندس والمقاول مسؤولية عقدية في أنها

لا يقرعان إلا بموحي الضرر الذي كان يمكن توقعه من هذا وقد التمس (١)
(م ١٦٩ / ٢ مدني)

حكم الإطاعات المثبتة لاحكام المسؤولية -

وجوز وفقا للقواعد العامة ، الاعطال على أن تكون مسؤولية المهندس والمقاول
التي من المسؤولية التي عرفت المادة (٨٧٠) ، كان يلقا على ضمان سلامة
البناء لمدة أطول من عشر سنوات أو على الالتزام بموحي كل الاضرار الناشئة
عن التهم أو العيب ولو كانت غير معلومة ، بل يجوز الاعطال على أن يحصل
المقاول تبعه التهم الناجم من حادث طائفة أو قوة قاهرة (م ٢٥٩ / ١ مدني)
ولكن خلافا للقواعد العامة التي تجوز الاعطال على أهله المدين من أهله
مسؤولية تسرب على عدم تنفيذ الفرض المتعاقب (م ٢/٢٥٩ مدني) ، نصت
الفقرة الاولى من المادة (٨٧٠) على أن يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء
المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه .

وبذلك تكون مسؤولية المهندس والمقاول من النظام العام ،
ويبرر ذلك أن عدم انقاضي لا يصيب رب العمل وحده بالضرورة ، بل يمتد إلى
مخاطر نصيب الغير في الأرواح والأموال ، وأنه لو أجهز الإعطال على الإعتل
من هذه المسؤولية لتجا المهندسون والمقاولون إلى عصيان حقوقهم بتدبير تطهير
من المسؤولية ، وفي تلك حذر بأرباب الأعمال الذين لا يملكون شيئا في سائر
البناء (٢) .

(١) انظر نوت اليوس - المصدر السابق ص ١٣ ، سعيد لبيب شبيب - المصدر
السابق ص ١٤٢ .

(٢) انظر ملاحظات لجنة القانون المدني بمجلس القيوخ المصري ، الطبعة ٢٢ -
مجموعة الأعمال التشريعية ج ٥ ص ٢٩ - ٣٠ ، نوت اليوس - المصدر السابق
ص ١٩ .

نظام دعوى الضمان

سقط دعوى الضمان التي يجوز لرب العمل دفعه 1 حسب المهندسين : المكاوول
١٠٠٠ سنة واحدة يبدأ سريانها من وقت حصول التهم أو انكشاف العيب
(م/٨٧٠/١ مدني) ، فإذا انكشف العيب أو حصل التهم بعد خمس سنوات مثلا
١٠ دعت لسلطة البناء كان اعاقه سنة واحدة أخرى لرفع دعوى الضمان .

وإذا انكشف العيب في آخر السنة العاشرة من وقت تسليم البناء ، كان اعاقه
سنة أخرى لرفع دعوى الضمان ، فيكون قد انقضى أحد عشر سنة من وقت
تسليم البناء وعنده انقضى بعد يمكن أن انقضى من وقت التسليم إلى وقت رفع
دعوى الضمان ، فإذا انقضت مدة النظام ولم يرفع الدعوى ، فإن هذه الدعوى
تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها (١) .

ولما كانت هذه المدة هي مدة تقادم ، فإنها تقبل التوقف والإعطاء ، بحيث لو وقف
بالمنعذر الداعي ، حيث لا يسري حمل الصغير والمنحجور عليه إذا لم يكن له ولي ،
ويحق الشخص الطالب في بلاد أجنبية مالية (م/١٣٥ مدني) ، وكذلك تنقطع
رفع الدعوى أو تاخر المكاوول أو المهندس بحل وب الفصل (م/١٣٧ و ١/١٣٨
مدني) .

المسؤولية نحو الغير

دعوى الضمان - كما قلنا - تقسم على المسؤولية المدنية فيما بين رب
العمل من جهة والمهندسين والمكاوول من جهة أخرى ، أما بالنسبة للغير ، فليست

(١) ذهب محكمة التمييز في قرار لها إلى أنه لا يجوز الفصل بالتقادم إذا استلزم
المكاوول حقه بالفصل بعد السنة الزائدة في القانون . رقم المرقوم ٣٦٦ /
٩٧٢ عامه اولي ٩٧٢ في ١٦/٢/٩٧٤ - المظكرة القضائية - المجلد الاول -
السنة الخامسة من ٩٦٨ ، انظر لذلك القرار رقم ٨/س/٧٠ في ٢٤/٤/٧٦
.. المدة القضائية المدة ٢ السنة التالية من ٢٩ .

هناك رابطة ملزمة . فإذا أُلغى البناء مثلا وأصاب أحد المادتين ضرر كان للضرر
أن يرجع بالسبب على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية،
وهي مبينة على خطأ مقترع . كما أن للضرر أن يرجع بالتقصير على
المالك أو المهندس بشرط أن يثبت من جانب المسؤول خطأ يقوم عليه المسؤولية
التقصيرية (م ٢٢٩/٦ مدني) .

وإذا رجع على رب العمل . كان نهذا أن يرجع على المالك أو المهندس بدعوى
الخصان على النحو الذي قدمناه، بشرط أن يحصل التعهد في خلال مدة السواطة الدالة
لعلم البناء وأن يرفع دعوى الخصان في خلال سنة من وقت حصول التعهد (١) .

وتنظام دعوى الغير قبل المهندس والمالك بالنظر في ثلاث سنوات من اليوم
الذي يعلم به الضرر بمعدود الضرر وبالتسليم المسؤول عنه . ونسقط في
كل حال بأخص: ١٥ سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع (م ٣٣٢ مدني) .

(٢) مسؤولية المهندس والمالك (جزء الخصان)

إذا تطلبت مسؤولية المهندس المصاري والمالك وفقا للمادة (٨٧) ، فإذ ما
الفرعان بنموذج رب العمل من الضرر الذي لحقه من جراء التعهد في البناء
أو وجود عيب فيه . ويشمل التعويض ، وفقا للقواعد العامة ، ما لحقه مـسـن
نتيجة وما فاته من كسب . وعلى ذلك فيشمل التعويض النفقات اللازمة لإعادة
البناء إذا كان قد تهدم كله ، أو لإعادة بناء الجزء التالف ، أو لإصلاح العيب وإذا
كانت إعادة البناء أو الإصلاح أم تزد إلى إصلاح كل الضرر . كان ترتيب هـيـما
نسوية صغر الجنى ، أو الإلزام من مـنـهـة . مما خطي من قيمته الإيجابية . كان
لرب العمل الحق في التعويض عن ذلك أيضا .

(١) المتهوى - المصدر السابق - ص ١٣٠-١٣١ . مصدر تبيب قنصل المصغر
الطابق - من ١٤٨ ، نظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٧ / استئناف
١٩٨٥/٨٤ / لي ١٩٨٥/٦ /

الفصل الثاني

المبحث الأول في العمل

والمراد من العمل أداء المفاوض بالمفاوضة.

- ١ - العمل المفاوض من المفاوض والمفاوض.
- ٢ - أداء العمل ولو أنه بعد المفاوضة.
- ٣ - دفع المفاوض المفاوض عليه (الآخر).

المبحث الأول

العمل المفاوض من المفاوض والمفاوض

يترتب من العمل المفاوض بكل ما هو ضروري لمتكفي المفاوض من العمل المفاوض به . فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطات معينة ، كان على رب العمل أن يحصل على هذا الترخيص ، وإذا كان متفقا مع المفاوض على أن يقدم له الأدوات والآلات اللازمة أو المواد الأولية التي تستخدم في العمل ، وجب على رب العمل أن يقوم بتوفير هذه الأشياء .

كما يلزم رب العمل أن يتوفر المفاوض بغير العمل ، فلا يضع أمامه العقبات ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع . فهو لا يستطيع أن يرجع بأمره وسنده من العمل ويحبط منه إلا في المسود وطبقا لضرورة الشئ .

١ - المفاوضة - المفاوض والمفاوض - من ١٢١ ، مجلة أبيه شارب - المصنف
السابق من ١٢٤ .
٢ - المفاوض - المفاوض والمفاوض - من ١٢٤ .

فلذا لم يعدم رب العمل بما هو ضروري لتعبه العمل كإلصاقه بالمال .
 لتبراهن العامة . أن يطلب التسعة الأصلي إذا كان ذلك ممكناً ، كالترحيل له بأن
 يرد الأدوات والمواد اللازمة للعمل على نفقة رب العمل ، وإذا كان التخليص
 العملي غير ممكن إلا بتدخل رب العمل نفسها ، كما لو احتاج الأمر إلى جسر
 في مكان العمل ، يجوز الحكم عليه بفرض تعديده لحظه على تنفيذ التزامه (١)
 والمقابل في جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من
 جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه ، أو من جراء تأخره في القيام به (٢) .

والمقابل بدلاً من طلب التخليص العيني ، أن يطلب فسخ المأولة لإخلال رب
 العمل بالتزامه ، والتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك ، وللمسئكة سلطة
 تقديرية في قبوله الفسخ والتعويض أو أماله رب العمل حتى يقول بالتخليص (٣) .

المبحث الثاني

تسليم العمل وفرائضه

يلتزم رب العمل بتسليم العمل بعد انجازه ، وتسليم هنا ليس مجرد الاستيلاء
 على العمل بعد أن يتمه المأول تحت تصرف رب العمل دون عائق ، كما هو
 الحال في التزام المأول بالتسليم ، بل أنه يتضمن إضافة إلى جانب ذلك تسليم
 العمل والموافقة عليه بعد فحصه ومعاينته وهو ما تقتضيه طبيعة المأولة ، فهي
 تلج على حل لم يكن قد بدأ بعد وقت إبرام العقد ، أي لم يكن موجوداً بموجب
 عقد انجازه أن يستوفي رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول
 الصراحة ، ويكون ذلك بفحصه ومعاينته ثم الموافقة عليه ، أي تقبله . والنس ينع
 عادة أن رب العمل يقوم بتقبل العمل وتسليمه في وقت واحد .

(١) المأهولي - المصدر السابق - ص ١٢٥ ، محمد نجيب شبيب - المصدر
 السابق ص ١٧٧ .

(٢) المصدران السابقان .

(٣) المصدران السابقان .

ولكن لا يوجد ما يمنع من ان يفصل التخليل والتسليم ، ليسبق احدهما الآخر
 اويله (١) . فإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع من صاينته العمل ونسلته
 دعو دعونه الى ذلك اعتبر انه قد سلم العمل ووافق عليه (م ٨٧٣ ف١٦) .
 ويشترط ، حتى يكون رب العمل ملزماً بنسلته على هذا الوجه ان يكسبون
 عمل مواتفاً للشرط المتفق عليها ، او ■ تقتضي به اصول الصنعة في العمل محل
 المناقشة ، او مخالفاً من الميوب - وضي من البيان انه اذا حصل اختلاف بين
 الطرفين حول ما اذا كان العمل موافقاً او غير موافق ، فانه يجوز لايهما ، وفقاً
 لللائحة العامة ، ان يطلب نزع شبر على نفقته لمعاينة العمل ووضع تقرير يثبت
 حالته ليكون محلاً لاعتبار قيمة او دفع الامر الى القضاء (٢) .

وطبقاً للفقرة الثانية من المادة (٨٧٣) من القانون المدني العراقي ، يجوز لرب
 العمل ان يمتنع عن تسليم العمل اذا كان الميوب او المألفة للدروس او لاسول الصنعة
 التي يبرر امتناع رب العمل جسيمة بحيث تجعل العمل غير صالحاً
 لغرض المصود منه كما يستفاد من ظروف التعاقد . فاذا لم يبلغ الميوب او
 المألفة هذا الحد من الوسامة ، بقي رب العمل ملزماً بالتسليم ، ولكن يكسبون
 له الحق ، اما في طلب انقاص المقابل بما يتناسب مع احمية الميوب او المألفة (٣) ،
 واما في طلب التزام المقابل بالاملاح في اجل متقول يحدده اذا كان الاملاح صكناً
 ولا يتكلف نفقات ترحق المقابل (م ٨٧٣/٢ مدني) .

(١) المسهوروي - المصدر السابق - ص ٤٧-٤٨ ، محمد تميم كتب المصدر
 السابق - ص ١٥٢ .

(٢) المصدر السابق - ص ١٤٩ .

(٣) وذهب محكمة التمييز الى ان انقاص قيمة العمل للمجهز جازز بالمقدار الذي
 تضرره المجهز استناداً الى المادة ٨٧٣-٢ من القانون المدني العراقي ، قرار
 رقم ١٧٧٠ / حقوقيه / ١٩٦٦ في ١٤ / ١٢ / ١٩٦٦ قضاء محكمة الميود ، المجلد
 الرابع ص ١٢٧ .

وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول إذا كان العمل يمكن إصلاحه ، أن يتسوم بهذا الإصلاح في مدة مقبولة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل ضرراً أو تلفاً باهضاً (م ٨٧٣/٣ مدني) .

وإذا كان العمل مكون من أجزاء متميزة ، أو كان لأجر مخصصاً بمعد الرخصة ، كان يكون المقاول قد نهض برصده طريق وحده الاجيب على لخاص كسمل وحسب طولية يتم رصفها ، فانه يجوز لكل من المقاول ورب العمل ، طلباً لخص التقسوة الاولى من المادة (٨٧٢) من القانون المدني العراقي ، أن يطلب اجرة المايضة والتسلم عقب الاجاز كل جزء ، او عقب اتمام قسم من العمل يكون ذا اصبه كائنه بالاجرة للمعمل في جملته . فاذا ما تم التسلم كان المقاول ان يستولي من الاجر بقدر ٣ الجزء من العمل . وذلك بعد اجراء معاينه وتقبيله (١) .

ويعرض فيما دفع الاجر منه ، أن رب العمل قد عاينه وتقبيله ، ما لم يثبت أن ما دفعه ليس الا مبلغاً قسمه للمقاول تحت الحساب (م ٨٧٤/٢ مدني) .

ويعرض نص المادة (٨٧٥) مدني لاهم ما يترتب على تسليم العمل وتقبيله من نتائج . فمن وقت تسليم العمل لا يضمن المقاول للعيب والمخالفات الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالنسب المادي . ذلك انه اذا كان العيب في العمل واضحاً يمكن للشخص المادي ان يكشفه بالمعاينة ، بالمفروض انه اذا تسلم رب العمل دون ان يتعرض ، انه قبله سبباً ونزل من جفته في الخرجوع على المقاول من اجل هذا العيب ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب بمجرد تقبل العمل مع مراعاة احكام الضمان العام فيما يتعلق بالتباني والمنشآت القائمة المنصوص عليها في المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي (م ٨٧٥/١ مدني) .

أما اذا كانت العيوب خفية او كانت المخالفة غير ظاهرة ، وتسلم يخطها رب العمل وثبت تسليمه لم كشفها بعد ذلك ، فانه يجب عليه أن يخطر المقاول بها بمجرد

(١) السهري - المصدر السابق - ص ١٥١ - ١٥٢ ، حميد لبيب شبيب - المصدر السابق - ص ١٥٢ .

يردوا في هذه المسألة (١). بل قد ينشأ عنها حروف الضم، فالأول هو "و" في قول العدل :
 "فإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني كان لرب العدل المأكل الأول المأكل الثاني" (٢).
 في (٣) ٨٧٤ (٨٧٥/٨٧٦) لا مدني.

أما إذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني فالأول هو "و" في قول العدل :
 "فإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني كان لرب العدل المأكل الأول المأكل الثاني" (٢).
 في (٣) ٨٧٤ (٨٧٥/٨٧٦) لا مدني.

وإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني فالأول هو "و" في قول العدل :
 "فإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني كان لرب العدل المأكل الأول المأكل الثاني" (٢).
 في (٣) ٨٧٤ (٨٧٥/٨٧٦) لا مدني.

المبحث الثالث

فصل في الإجماع

سواء كان الإجماع في عقد المأكل أو في عقد المأكل الثاني فالأول هو "و" في قول العدل :
 "فإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني كان لرب العدل المأكل الأول المأكل الثاني" (٢).
 في (٣) ٨٧٤ (٨٧٥/٨٧٦) لا مدني.

وإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني فالأول هو "و" في قول العدل :
 "فإذا كان المأكل الأول في أوقات المأكل الثاني كان لرب العدل المأكل الأول المأكل الثاني" (٢).
 في (٣) ٨٧٤ (٨٧٥/٨٧٦) لا مدني.

(١) المدعي - المصدر السابق - ص ١٤٥.

وجود الأجر . وقد نصت المادة (٢/٨٨٠) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها :-

(ويجب اعتبار أن هناك اتفاقاً ضامناً على وجوب الأجر إذا تبين من الظروف التي نشأ عنها العمل الموصى به ما كان يؤدي إلا لقاء أجر يماثلها) .

ويكفي القول بوجه عام أن أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس والخبير والديان الحرف والصناعة كالشياط والتجار يعملون بأجر . فإذا تماثل العمل مع أحد هذه المفروض أن العمل يكون بأجر ، حتى لو سكت المتكلمين وأن لم يذكره فيها من ذلك (١) أما مقدار الأجر فيحدد القانون كما نعلم .

ويجب التمييز بين اتفاق المتكلمين على الأجر واختلاف ما في تعيين مقداره . ففي هذه الحالة تكون المفاوضة باطلة لا تصادق أحد أركانها (٢) . ويبين عدم تقسم على مقدار الأجر ، ألا يتكفل القانون في هذه الحالة بتعيين هذا المقدار عند سكوت المتكلمين من جهة (٣) وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٨٨٠) من القانون المدني العراقي بقولها :- (إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو سطحت على وجه ترضي وجوب الرجوع في تحديد ما في قيمة العمل ونفقات المفاوضة) .

ويخلص من نص الفقرة المذكورة أن تعيين مقدار الأجر يقوم على عنصرين : قيمة العمل الذي أنشأه المفاوض ، وما تكبد من نفقات في إنجازه . وهذه الخلاف يترتب القاضي مقدار هذا الأجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويستعرض بوجه خاص بالمرتب الجاهلي في السعة في تحديد قيمة العمل .

وتشمل نفقات المفاوض أنشأه المفاوض التي استخدمت في العمل وأجر العمال والذين ذلك من النفقات التي صرفها فعلاً لإنجاز العمل ، ولك يتكفل عرف القيمة يتحدد مقدار الأجر .

(١) المنهوي - المصدر السابق - ص ١٥٥ .

(٢) المنهوي - المصدر السابق ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٣) المصدر السابق ص ١٥٧ ، جعفر الفخيلي ص ٤٢١ .

ويحل محل المقاول كذلك في الدالية بالاجر المقاول عن الباظر (المقاول الثاني) وانصال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٩٨٤) من القانون المدني العراقي على ان (يكون للمقاول الثاني وانصال الذين يشتغلون لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطابقة رب العمل مباشرة بهائم في ذمة المقاول ، بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لحساب المقاول الثاني مثل هذا الحق فهل كل من : مقاول الاصلي وربه العمل) ، يستبعد لبحث هذا الموضوع عند الكلام عن المقاول الثاني .

وإذا حدد المقاولون ، ان يكونوا دائتين متضامتين بايجورهم ، بل يخبره كل منهم بجره الخاص ، ولا شأن له باجور لقاولين الاخرين ، ما ثم يوجد انفاق مسجوب حصل على غير ذلك (١) .

وقت الوفاء بالاجر -

يترتب رب العمل ان يدفع الاجر في اربعة المرات في السنة - وعالها مما يكون في عقد القابضة . اتفاق على مواعيد دفع الاجر - وهذه المواعيد لا تكون سابقة على انتهاء العمل وتسلطه وقد يكون لائحة على ذلك . ويجري العمل في القاولات الكبيرة ان يكون الدفع على القسط بمسب ما يتم نجاؤه من العمل .

اما اذا لم يوجد اتفاق على إيجاد معين او مواعيد معينة وكان هنالك مسرف فليس بعدد مواعيد دفع الاجر ، ويجب اتباع ما يقضي به عرف ، واكثر ما يكون في القاولات الصغيرة ان يكون دفع الاجر عند تسليم العمل .

لذا لم يوجد اتفاق او عرف ، فيستحق دفع الاجر عند تسليم العمل من قبل رب العمل - وهذا الحكم هو الذي تعطي به طبيعة القابضة . والقاول يتعهد بموجب

(١) : سنهوري - المصدر السابق - ص ١٩٧ .

هذا العقد باعتبار عمل ضمن مقابل آخر ضمن ، وبمجرد تمام هذه المفاوضة يصبح
والعا بالاجر في مقابل عمل لم ينتج . لمن الطبيعي الا يستلزم الاجر الا بتمام
اجار العمل وتقبله من قبل رب العمل (٦٩) .

والاحكام المتعلقة تعنت عليها المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي بقولها :
«يستحق دفع الاجرة عند تسليم العمل ، الا اذا قضى بالانقضاء او التبرك بغير ذلك
مع مراعاة احكام المادة (٨٧٤) .

وهذا النص يتسبب في عبارة الأخيرة الى وجوب مراعاة حكم المادة (٨٧٤) والتي
تطعن بأنه اذا كان العمل مكوناً من اجزاء متتالية او كان المثلث مضمناً بغير
الوحدة ، فانه يجوز للمقاول ان يستوفي من المثلث بقدر ما انتهى من العمل وذلك
بعد اجراء حمايته وتقبله ، على ان يكون حاتم انجاز جزء متتالي ، او تسماً في
احصية كفاية بالنسبة الى العمل في جملة .

فالذا لم يتم دفع العمل بدفع الاجر في النوع ، كان متلاً بالتزامه ، وحق للمقاول
طبقاً للقواعد العامة ان يجبره على الوفاء بالاجر والمجاز على اتماله وبعدها بالارد
الطبي وتقاضى اجرة من ثمنها ، كما يحق للمقاول ان يطلب تسخ المفاوضة ونحوها
ما اسابه من ضرر بسبب عدم وفاء رب العمل بالتزامه .

ويحق للمقاول طبقاً للقواعد العامة ان يستعج عن تنفيذ التزامه بالعمل ما دام ان
رب العمل مستمداً عن الوفاء بالاجر (م ٢٨٩/١ مدني) ، وهذا كان المقاول قد التزم
العمل فله ان يجبره وان يستعج عن تسليمه الى رب العمل حتى يقوم بالوفاء
بالاجر (م ٢٨٩/١ مدني) .

هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فان دفع الاجر عند تسليم العمل يشترط فيه
ان يكون مطابقاً للبراهات والشروط المتفق عليها ولا يمول العرفة في هذا النوع

(٦٩) المصدر السابق - ص ١٩٩ .

من العمل . فإذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المقررة أو غير متفق مع ما تقتضيه به أصول الحرفة ، فحرب العمل حسب الأجر فلا بد منه لأي المبدأ المنطوق عليه ولائي المبدأ الذي يقتضي به الحرف ولا عند تسليم العمل . . . حتى يقدم المفاوض بإصلاح السبب التي قامت العمل .

وهذا ما تقتضيه به القواعد العامة (م ٢٨٠/٩ عدلي) (١) . وهو يلزم على ذلك أيضا أنه إذا تأخر المفاوض في تسليم العمل ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان المبدأ المنطوق عليه للمطاع قد حل . وإذا كان الأجر يدفع على البساط . كل قسط يدفع بعد تمام جزء معين من العمل ، وتأخر المفاوض في تمام هذا الجزء من المبدأ والمنطق عليه . جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر المقابل للجزء الذي لم يتم (٢) .

مكسبات الموظفين بالإجبر

لا يوجد نص خاص يبين المكان الذي يجب فيه دفع الأجر ، وعليه يجب الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة . وهذه القواعد تقتضي بأن يكون الدفع في المكان المنطوق عليه . فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقتضي به الحرف .

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب تطبيق المادة (٢٩٦) من القانون المدني وهي تنص على أنه : - ١ - إذا كان المتبرع المتعزم بعلمه بما حصل ومطلوبه كالمكليات والمرتبات ، ونحوها ، وكان المقصد مطلقا لم يمين فيه مكان التسليم ، وسلم المتبرع في المكان الذي كان مرجعها فيه الوقت المعلق ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه محل اتصال إذا كان الالتزام مطلقا بهذا الاتصال ما لم يعلق على غير ذلك .

(١) المصنوع - المصدر السابق ص ١٩٩ - ٢٠٠ محمد إيهب شبيب - المصنوع

السابق - ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) المصنوع - المصدر السابق - ص ٢٠٠ . محمد إيهب شبيب - المصنوع

السابق ص ١٥٦ .

ويستخرج من نص هذه المادة أنه إذا كان الأجر مبالغاً فيه جداً وهو ذو قيمة زائدة فلهذا يجب أن
 يُلغى، وإلا فإنه يلزم دفعه في المكان الذي كان موجوباً له وقت إبرام عقد المفاوضة
 رقم ٣٩٦/١ من ١٩٤١، أما إذا كان الأجر من المشتريات أو يكون مبالغاً فيه جداً من النقص،
 فالقوة تكون في موطن المدين وهو رب العمل أو في مركز عمله إذا كانت المفاوضة
 متعلقة بخدمه الأعمال (١) -

مبدأ جبراً تعديل الأجر المتفق عليه

إذا الحق المتعاقدان على مقدار الأجر أو على الأساس الذي يقوم عليه التقدير
 فلا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو الإنقاص إلا باتفاق الطرفين ولا يجوز
 دحه، تبعاً أن يستقل بالتعديل (٢) وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في طريقة
 العقد رقم ١/١١ من ١٩٤١، والتي تنص بأنه -

(١) نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعدين الخروج منه ولا تعديله إلا بمقتضى
 نص في القانون أو بالعقارضي -

على أنه استثناء من القاعدة المذكورة توجد ثلاث حالات يجوز فيها تعديل الأجر
 بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين - وهذه الحالات هي -
 أولاً -

التعديل على الأجر بمقتضى طبيعة العمل

فقد أجاز المرسوم رقم ١٩٤١ زيادة الأجر يتم وفق معينة إذا اضطر المفاوضون إلى
 تجاوز اتفاقية مخطوطة معسومة - فقد نصت المادة ١/٨٧٩ من القانون المدني

- (١) - المستوردي - المصدر السابق ص ٢٠٧ - محمد بهي شمس - المصدر السابق
 (٢) - حيث محكمة التمييز في قرار ل ١ إلى أنه يلزم رب العمل بمهمة الأعمال
 من ١٩٤١ - كمال قائم لودت المصدر السابق - ص - ١٨٤ ١٨٦
 الإضافية إذا كان يعلم بها عند تسليم العمل ولم تكن للمفاوض نية التمسك
 ذلك يعتبر موافقة ضمنية على تلك الأعمال الإضافية (قرار رقم ٣٣٦/٢٠/٩٢٣
 في ٢٤/١/٢٤ - التفسير القضائية المدم - ١٩٧٤ ص ١٦٣)

المعاني على انه (٦ - ا) اجم المقدر على اساس مقايضة بسم الوحدة وتبيين
وتناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المفق عليه مجاوزة الحسروقات القدرة
نواد محتمل لخدم في غير ميثاق غير طاقته غير (تدخل على هذه الطقة مدركة لا اقل
في المقايضة مجاوزة محسوسة وجب على القاول ان ينبغي في الحال قرب العمل مبيعا
وهنا ما يتوقعه من الحسروقات ، فان لم يعمل سقط حله في استرداده ما جاوز
به قيمة المقايضة من نفقات) .

يشير من نص الفقرة المذكورة أنه يجب توفر شروطا ثلاثة لتحقيقه :

١ - أن يكون الإجر في المفاوضة متفق عليه بمقتضى مقايضة على أساس التوسعة فإذا كان مقدار الإجر غير متفق عليه أصلاً ، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجسراً إجمالياً على أساس تصحيح ضمن ، لنسب النص لا ينطبق ، لأن التفاوض في مثل هذه الحالة هو الذي يقوم بتمحيته .

٦- أن تكون المجاوزة للمصروفات المقدرة في القائمة مجاوزة معسومة لمباسب لم يكن مسرفاً وقت العقد .

والحدود بمجاوزة القياسية مجاوزة محسوسة، بمجاوزة كميات الأعمال المقدر، في القياسية لا بمجاوزة مغلوماً . فإذا ورد في القياسية مثلاً كميات بموعة للأعمال الخاصة بالأساس، ثم رأى القائل عند سحر الأساس أنه يجب تصحيحه أكثر مما تبدى في القياسية وأن هذا التصحيح يتطلب استخدام كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في القياسية . فتلزم هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيها الشرط الثاني (٤) .

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة محسوبة لغير محسوبة ينضج لقاضي الموضوع
وتقديره ولا ينضج لمراقبة محكمة التمييز *

(١) السنهوي - المجلد السابق - ص ١٦١ .

ولا يكفي أن تكون الزيادة معسوسة ، بل يجب كذلك أن تكون حـا ٧ يمكن
 تبينها وقت إبرام العقد ، أن لا تكون متوقعة وإنما تبين في أثناء العمل .
 فإذا كانت متوقعة عند إبرام عقد القاول أو كان من الممكن توقعها مـزود الإجراء
 بمقدار حـطه المـجاوزة ولا خيار لرب العمل (١) .

٣ - أن ينظر القاول رب العمل حال تبينه للزيادة ، فإذا ما يتوقعه مسـر
 المـصروفات مـ ٨٧٩/أهـدي ولم يشترط القاولون شكلاً خاصاً لهذا الانـطـصار
 ولا مـعادة مـبـدا يجب أن يتم فيه . ويقع على القاول مـبـدات أن الانـطـصار
 قد تم كما يجب أن يتم الانـطـصار فور تبين القاول للزيادة مع بيان مقدار مـسـفـه
 الزيادة . فإذا لم ينظر القاول رب العمل بالمـجاوزة أو تنـظر في انـطـصاره دون مـبـد
 أو لم يذكر في الانـطـصار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو على الأقل الإمسـ التـسـي
 تقوم عليها المـجاوزة المتوقعة مـطـ حـطه في المطالبة بها (٢) .

ومن ناحية أخرى نصت البقرة الثانية من المادة (٨٧٩) على أنه : « فإذا كانت
 المـجاوزة التي يقتضيها تنـفـذ التـصـميم جـسـمة ، يجوز لرب العمل أن يعطل مـسـن
 العقد . فإن أراد التـمـلـل وجب أن يبادر به فور إبطاء مع تعريض القاول مـسـن
 جـسـم ما أنـقـطـه من المـصـروفات وما الجزء من الإعمال دون ما كان يستطيع كـسـبه
 لو أنه أتم العمل) » .

فهذا النص تكفل ببيان الحكم في حالة ما إذا كانت المـجاوزة جـسـمة .
 ويستخلص من هذا النص أنه إذا كانت المـجاوزة جـسـمة ، فإن رب العمل يكون
 بالخيار بين امرين : - الأمر الأول أن يبادر بمقـبـد بالمـجاوزة ويطلب من القاول اتمام
 العمل وفي هذه الحالة يزيد الإجراء بما يتناسب مع الزيادة الجـسـمية وعلى حـطه

(١) المـنـهـودى - المـصـدر السـامـي - مـ ١٦٥ - انظر أيضاً قرار محكمة المـصـيـنـة
 المـرـام ٣٣٦ السـالـفة الذـكر -

(٢) المـنـهـودى - المـصـدر السـامـي - مـ ١٦٦ .

المقولة نافذة بجميع شروطه . والامر الثاني أن يحتل رب العمل من المقولة إذا رأى أن الزيادة الجسيمة في الاجر مرفعة له . وفي هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل دون ابطاء .

فإذا ابطأ في هذا المطلب فلا عبور . كان للمقاول أن يرضى في العمل ويترضى أن رب العمل قد اختار الامر الاول ، أي ابقاء المقولة مع الزيادة في الاجر . فإذا تكلم رب العمل بهذا المطلب ، وجب على المقاول أن يوقف تنفيذ العمل ، ويحتل رب العمل من المقولة .

ونكت يجب عليه أن يعرض للمقاول عن جميع ما اعتقه من المصروفات وما أنجزه من الاعمال دون أن يعرضه مما كان يستطيع كدبه لو أنه أتم العمل (١)

لأننا : - الإلتزام على أجر إجمالي على أساس تصميم معين

تنص المادة (٨٧٧) من القانون المدني المغربي على ما يأتي :

إذا أبرم المقتد بامره صحت جزئيا على أساس تصميم أطلق عليه مع رب العمل ، وليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة على الأجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك ولهما الخطأ . رب العمل أو أن يكون ماذولا له منه وقد اتفق مع المقاول على أجرته . ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة . ألا إذا كان المقتد الأصلي ذاته قد اتفق عليه عقليا .

يعين من هذا النص أنه أبرم المقتد بأجر إجمالي ، أو كما يقول النص (بأجرة تعيين من هذا النص أنه إذا أبرم المقتد بأجر إجمالي ، أو كما يقول النص (بأجرة صحت جزئيا) . على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فالقاعدة العامة حسي عدم جواز تعديل الاجر المتفق عليه . وليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الاجر

(١) السهري - المصدر السابق - ص ١٦٧ - ١٦٨ .

• هو أو حدث في هذا المصنف التعديل هو إضافة (٢) .

ومع ذلك فهناك إرتباك أن يقول البعضاً زيادة الأجر • الإحتشاء الأول نصت
إليه المادة ١٠٠ من القانون الأساسي المذكور وهو إذا كان التعديل أو الإضافة في المصنف

مستوجب خطأ رب العمل هو بناء على اتفاق بين العامل ورب العمل .

والإحتشاء الثاني هو إختيار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من الشركاء
وليسك إلا مع هذه الاعتبارات في حالتها .

المادة الأولى -

والتعديل في هر من المصنفات المادة (١٧٧) وهذا :

الأول -

إذا كان التعديل أو الإضافة في المصنف بسبب خطأ رب العمل .

الثاني -

إذا كان التعديل هو الإضافة بناء على اتفاق العامل ورب العمل (٢) .

الأمس الأول -

إذا كان التعديل هو الإضافة في المصنف بسبب خطأ من
رب العمل - وإذا لم تكن رب العمل خطأ ونسب هذا الخطأ في زيادة التكاليف
اللزومة لتفويت العمل ، فإن المخالفة يستحق زيادة في الأجر المفقود عليه بحسب مقدار
ما زاول به العمل . كذا يقدم رب العمل للمخالف معلومات خاطئة عن الإقتصاد

(١) لو أن من التعميل نظر المصنف السابق ب من ١٧٢-١٧٥ بعد
أيضاً المصنف السابق من ١٦٦-١٦٦ - انظر أيضاً قرار محكمة التمييز
در ١٨٧/١/١٩٨٧ في ٢٦/١/٩٦ الذي ذهب فيه إلى أنه ليس للمخالف المطالبة
بقيمة عملت قوامه بخلافاً لبروت العقد - (بجريدة الأحكام المولية - العدد
أباني - المدة السابقة من ٩٩) .

(٢) المصنف - المصنف السابق - من ١٧٢-١٧٥ ، مصنف لبيب عتيق المصنف
١٦٦-١٦٧ -

التي يريدونها للبناء . أو أنه قدم له أوها لا يملكها كلها فالمطلوب القول ان يودع
في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وأن يسهله في التقييم على مقتضى الحاجة
المقبولة التي يملكها رب العمل (١) .

الأمور الثاني -

لما كان التعديل أو الإضافة في التقييم يتم على اتفاق مع رب العمل فلا
يجوز للمقاول أن يجري أي تعديل أو إضافة في التقييم المتفق عليه ... إلا
بموافقة رب العمل . ولكن ■ إذن له رب العمل بذلك واتفق مع المقاول على
مقدار الاجر الزائد الذي سينجم عن التعديل أو الإضافة فإنه يجوز في هذه
الحالة أن يرجع المقاول بالزيادة في الاجر بقرابة أن يكون الاتفاق مكتوباً ■ كان
معد للمقاول الأصلي مكتوباً .

واستمر المشروع أن يكون الاتفاق على الزيادة في الاجرة مكتوباً إذا كان معد
المقاول الأصلي . مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فإنه إذا كان معد للمقاول
مكتوباً . فلا يجوز اثبات الزيادة في الاجر إلا بالكتابة .

ومن ذلك نرى أن الكتابة ليست لازمة للثبات (٢) .

المادة الثانية -

لذا انهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول نظرية
الظروف المتغيرة : تنص المادة (٨٧٨) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :-
ليس للمقاول إذا انقضت اسطر المواد الأولية واجود الأيدي العاملة أن يستغنى

(٣) وأكدت محكمة التمييز في قرار لها بأنه ليس للمقاول المطالبة باجره الزيادة
الحاصلة في العمل التي حدثت اجرة جزأها . إلا إذا كان حصول الزيادة خطأ
رب العمل أو بطلته وقد اتفق مع المقاول على اجرة على أن يجعل هذا
الاتفاق كتابة (قرار رقم ١٤٢٨/٣م/١٩٧٣ في ٧٤/٢١٦ بالتميز القضائي
معد ١٦٦٦) .

(٤) لزيد من التخصيص انظر الشهودي - المصدر السابق - ١٧٩ . محمد نجيب
شهاب - المصدر السابق - ص ١٦٧-١٦٨ .

أن ذلك يتطلب زيادة في الأجرة حتى ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل العمل
المعقد صعباً . على أنه إذا انهارا التوازن الاقتصادي بين التبعات كل من رب
العمل المتعاقد انهارا تماما بسبب حوادث لم تكن في الصبان ولت التضاد والنعم
بذلك الأساس الذي قام عليه التطوير التالي لعقد المتعاقلة ، جاز أن تغطي بزيادته
في الأجرة أو فسخ العقد .

يتضح من هذا النص أن المشرع قد حرص على أنه لا يكون لارتفاع تكاليف العمل
أثر في مدى الالتزامات التي يترتبها العقد . وهو نص له مقابل في غالبية التقنينات
المصرية . فالإسفل المأم يقضي بأن ارتفاع تكاليف العمل كارتفاع المواد الأولية
ووجود الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف لا يكون له أثر في مدى الالتزامات
التي يترتبها العقد .

ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد عند ارتفاع حصة التكاليف أن يطلب زيادة في الأجر
ولكن إذا كان على المتعاقد أن يتحمل عبء ارتفاع أسعار المواد الأولية ووجود
الأيدي العاملة وغيرها من التكاليف ، فذلك أما يكون على أساس أن هذا
الارتفاع متوقع .

لكن إذا تعلق الأمر بارتفاع غير متوقع في الأسعار والأجور ، كان لأمت حروب
مثلا وتوقف إنتاج المواد اللازمة للعمل ، لحولت أسعارها ارتفاعا مضاعفا عما
كانت عليه وقت إبرام العقد فالأمر يختلف ، يمثل هذا الارتفاع في الأسعار لم يكن
متوقفا وقت إبرام المتعاقلة ، ولم يكن من الواجب على المتعاقد مراعاته ، وبالتالي
فلا يكون مقصودا إذا لم يعمل له حساب عند تحديد الأجرة أصلا . وبذلك يحل
الأساس الذي يوجب تحميل المتعاقد عبء هذه الأحداث (٦) .

وقد قرر الفروع هذا النظر . فبعد أن قرر في سنة المادة (٧٨٧) أن لو
للمتعاقد أن يطلب زيادة في الأجرة استنادا إلى ارتفاع أسعار المواد الأولية
ووجود الأيدي العاملة ، نص في العبارة الأخيرة من هذه المادة على ما يأتي :

(٦) يجب لرب عمل - المصدر السابق - ص ١٧٤ .

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول
 أن يدار تماما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وانعلم بعد ذلك
 الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة
 في الأجرة أو يفسخ العقد .

وهذا النص تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاول التي قورتها
 الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي (١) وفي نص الاتي -
 على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواقع توقعها، وترتب على
 حدوثها أن تنفد الالتزام المتفق، وأن لم يصبح مستحيلا، صادر مرعا للبدن
 بحيث يهدده بخسارة فاسدة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين
 أن تنقص الالتزام المرحق إلى الحد المقبول أن تقتض المبالاة ذلك وإلحاح
 كل اتفاق على خلاف ذلك .

وبسوء تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ضوء نص المادة (٧٨٧) هي نفس
 شروط تطبيق النظرية في سدادها العام (٢) . كما يتبين من المقارنة ما بين نص
 هذه المادة ونص المادة (١٤٦) (٣) .

ويظهر من نص المادة (٨٧٨) أنه يشترط لجواز اجرة المقاول أن يتوافق
 شرطان :

الشرط الأول -

انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، ويصادف
 بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول ويهارم فيه التوازن
 الاقتصادي بين التزامات المقاول والتزامات رب العمل .

- (١) غازي عبد الرحمن التوازن الاقتصادي في المقدمات في تنفيذ / مقدمات مركز
 البحوث القانونية بغداد ١٩٨٦ ص ٥٧ . قرار محكمة التمييز رقم
 ٧١٤ ر ٧٦ و ٨٤٥ / ١٣ / ١٩٧٩ في ١٩ / ١ / ١٩٨٠ .
 (٢) السبوري - المصدر السابق - ص ١٨١ .
 (٣) يزيد حسن التفاضل في نظرية الظروف الطارئة ومبررات تطبيقها .
 انظر السبوري - اليوم الأول - فقرة ٤٠ .

ويجب أن تكون الحوادث عامة ، أي غير خاصة بالمقاول وحده ، كقيام حريق مثلا دون تهديد المقاول بتساره فادحة ، أي أن من شأن هذه الحوادث العامة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرفقا ومسيراً (١)

وتقدير ما إذا كان المقاول مهدداً ، وبالتالي كون التوازن الاقتصادي بمسح الزمات كل من المتعديين قد انهار ، مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي الموضوع مستنداً بطرف كل دعوى ، مع مراعاة الاعتداد بالطرف الخاصة بالمقاول مسن حيث شاء أو فقرة ، ولا يجب أن يقدر الإرهان تقديره مخرجاً لا يخطر فيه الس المقاول المتصرف بالثبات ، بل أن المقاول عادي أو وجعاً في مثل ظروف هذا المقاول في ضوء ما يلتزم به بالتقابلة إلى التزامات وب العمل (٢) .

المسألة الثانية : عدم

أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ، فلا يتغير أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من الطرفين ، بل يجب أن ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وهذا يستوجب : -

- ١ - أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث أو ظروف لم تكن موجودة وقت التعاقد .
- ٢ - أن تكون هذه الحوادث عامة ، أي غير خاصة بالمقاول ، بل شاملة لكل الناس أو طائفة غير محددة منهم ، كحرب أو فيضان (٣) .
- ٣ - أن تكون هذه الحوادث استثنائية ولم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، ويقصد

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٨/١م/٧٣ في ٧٣/٧/٢٢ الذي جاء فيه بالنسبة ليس للمقاول أن يطلب زيادة مبلغ المقاولة بحجة ارتفاع الأسعار إذا كانت الزيادة المطالب بها ضئيلة بالنسبة لمجموع مبلغ المقاولة ، (النسوة القضائية - عدد ٢ - السنة الرابعة من ١٩٨١) .

(٢) الفيلسوف - المصدر السابق من ٨٤١ ، مصدر لبيب قصب من ٤٧١

(٣) القرار محكمة التمييز رقم ٩٢٢ / ج / ١٩٦٦ في ٢٤ / ١١ / ١٩٦٦ - قضاء محكمة التمييز - المجلد الرابع ١٩٦٦ من ١٢٢ .

بذلك أن يكون حوادث غامرة أو غير غامرة أو غير ماثلة، ولم يفرع للمصادران
مدولها، وإن يكون مما لا يستطاع دفعها (٦) .

ومما يترفع أو الحسبان معيار موضوعي، فلا ينظر فيه بل ما لو أنه أو حسبه
للمصادران فعلا، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مسلسل
الحوادث بحسب السير العادي للأمر (٧) .

فإذا توافق هذان الشرطان، كان للمقاول أن يطلب زيادة الأجر للظن عليه،
فإن لم يرضى رب العمل بهذه الزيادة كان للمقاول أن يلجأ إلى القضاء طالبا
الحكم بها أو بفسخ العقد، وللقاضى سلطة تقديرية في نظر هذا الطلب، فلا يفتد
بحكمه بالفسخ ولو طلبه المتعاول بل له أن يحكم بزيادة الأجر، إلى الإبقاء على
العقد، إذا أبدى رب العمل قبوله لذلك .

كما أن للقاضي لا يفتد بالحكم بزيادة الأجر، بل له أن يحكم بالفسخ ولو لم
يطلبه المتعاول وذلك إذا كان يتربط على زيادة الأجر الرضا رب العمل فعلا .

ولكن إذا حكم القاضي بزيادة الأجر، فهل يتعين عليه أن تكون هذه الزيادة
متساوية للقيمة الزيادة في نفقات المقاول بسبب المصادرات الاستثنائية ؟

لو أجرونا ذلك لكان معناه تحميل رب العمل وحده عبء المصادرات الاستثنائية
الخاصة ولا يتفق ذلك مع العدالة التي أوصت بها المادة (٨٧٨)، ولا مع نظرية الظروف
الطارئة التي أشد في المشرع في المادة (٦٤٦)، وظني اعتبرته المادة (٨٧٨) مجرد
تطبيق خاص لها بمقتضى المادة (٣) .

- (١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٣/٢/٥٨٨ في ٧٤/٤/٦٢ والمقرر ذهب فيه
إلى أن المقاول أن يتمكن بالظروف الطارئة الناتجة عن الاضطراب والاضطرابات
ومن الشروط خلاف ذلك، ما دامت الاضطراب قد حطت بصورة غير اعتيادية
ولا متوقعة . (٢) النشرة القضائية - العدد الثاني السنة الخامسة ص ٩٣ .
(٣) محمد لبيب - شب - ص ١٧٧ ، انظر أيضا قرار محكمة التمييز رقم ٢٢٦
تصحيح قرار ١٩٦٨ / في ٧/٦٣ / ١٩٦٨ - النشرة القضائية عدد ١١٢
- السنة الثانية ١٩٧٢ ص ١٤٥ .
(٤) مذكرة المشرع استجوبى (مجموعة الاموال القضائية للمقاول المدني
المصري) ص ٥ من ٤٢ .

المقتطع من المداول ، ويكون ذلك بحسب المداول ولا تفرغ المداول في اسماء افراد
الاولية ويحوز المال اما المقدم غير المأثوف عن الارتفاع فيروج على المداول ورب
المصل .

ورغم ان النص قد قصر الجزاء على زيادة الاجر او القصر ، فإنه يجوز للقاضي
تطبيقا للنص المادة (١٤٦) ، وهو نص عام ، ان يرفع تنفيذ المداول حتى يسزول
الحادث الطاريء ، اذا كان وقتيا وينظر زواله بعد وقت قصير (٢) وكان ذلك لا يعود
على رب العمل الفالسة التي يقتضيها من وراء انجاز العمل (٣)

ثالثا -

اجور المهندسين المعماريين

فصل المادة (٨٨١) من القانون المدني العراقي على مايلي : -

١ - يستحق المهندس المعماري اجرا مستقلا من وضع التصميم وعمل الخواصصة
واخر من ادارة الاعمال ، فاذا لم يحدد العقد هذه الاجور رجع تقديرها وفقا
للمعرفه الجازي .

٢ - غير انه اذا لم يتم العمل باستنفي التصميم الذي وضعه المهندس وجسم
تقدير الاجرة بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم ، مع مراعاة طبيعة
هذا العمل .

يتضح من هذا النص ان الاصل في تحديد مقدار الاجر الذي يتقاضاه المهندس
هو الاتفاق بينه وبين رب العمل ، أما اذا لم يوجد اتفاق على مقدار الاجر ،
فالمفروض مع ذلك ، ان المهندس يحصل بأجر ويرجع في تقديره عند الاجر الى السرف
الجازي في مهنة المهندسين المعماريين .

وانما لب ان لاتفاق يحدد اجرا للمهندس على وضع التصميم والخواصصة واجرا
اخر مستقلا من ادارة الاعمال والافرنك على التخطيط . هذا اذا كان كل ذلك
مجهودا به الى المهندس . أما اذا عهد اليه بعمل دور اخر للاتفاق يحدد اجرا
واحدا على هذا العمل .

(٢) السهروري ج١ ص ٦٥٧ ، عبد الحمي حجازي في نظرية الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص

٢٦٢ ، محمد كبيب شبيب ص ١٢٨ .

(٣) السهروري - المصدر السابق - ص ١٨٥ .

وكذلك تبين لنا الفقرة انفاية من المادة السابقة الذكر احد الاستثناءات التي يجوز فيها تعديل الاجر لتتنق عليه اذا كان هناك اتفاق على مقدار الاجر ، او في الاجر المقدر بحسب العرف الجاري اذا لم يكن هناك اتفاق .

وهذا الاستثناء الذي نصت عليه الفقرة اعلاه لايجعل للمهندس حقا في اجرة عمله اذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم ، بل جعل تقدير اجر المهندس في هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذي استغرقه المهندس في وضع التصميم مع مواصفات كفائة المهندس وسهولتي تقدير اجره بحسب الزمن وبحسب طبيعة التصميم من حيث من حيث الدقة والصعوبة الفنية .

وغالبا ما يكون تقدير الاجر على هذا النحو من شأنه ان يجعل الاجر اقل من الاجر المتفق عليه او من الاجر المقدر بحسب العرف الجاري .

ويمل ذلك بأن رب العمل لم يستند شيئا من التصميم ، وفيه عرض للمهندس من عمله تمويضا كاملا ، وان هذا التعويض اقل من الاجر المستحق له (١) .

جزءه اخلال رب العمل بالتزامه بدفع الاجر :

لذا لم يدفع رب العمل الاجر وقت استحقاقه او تأخر في الدفع ، او لم يدفع في المكان الواجب الدفع فيه ، او لخل بأي التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الاجر ، فلهما قول أن يطلب التنفيذ العيني ، ليمتصده حكما على رب العمل بالاجور المستحق ، وله ان يطلب فوق ذلك تمويضا عن جميع ما اصابه من ضرر من جوره اخلال رب العمل بالتزامه .

والمقابل وهو يقوم بالتنفيذ العيني على اموال رب العمل ان يستعمل حقه في الامتناع حيث يقرر له بتقانون حقا في ذلك (١٣٧٩ مدينه) .

(١) المستهوى - قصور السابق ص ١٩٢ ، كمال باسم لروية المصنف السابق ج ٢ ، ص ٣٢٠ .

والمقاول بدلا من التفتيش المبني ، أن يطلب تسريح مقته المقاول ، وطلبه حتى يكون خاضعا لسلطة القاضي المتصرف في الجاني طلب مع التعويض ^(١) كان للمدعي والمقاول بالإضافة إلى ما تقدم أن يجب تسهيل المكلف بأداءه حتى يستوفي أجره ، وتسري في حق المحبس لقرار المقاول حتى يستوفي حقه القواعد العامة المقررة في الحق في المحبس .

ولا كان حق المحبس غير قابل للتجزئة ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كسب العمل حتى يستوفي كامل أجره .

ولكن إذا كان العمل مقسما إلى أجزاء ، يستحق المقاول أجرا عن كل جزء يضم أجزائه ، فإن حق المحبس لا يقع إلا على الأجزاء التي لم يسلح الأجر المقتضى لها ^(٢)

(١) السوردي - المصدر السابق - ص ٢٠٥ ، مصدر كامل مرسى - المصدر السابق - ص ٢٢٨ .

الفصل الثالث

المقالة من الباطن والتنازل عن المقالة

تستعرض كلا من المقالة من الباطن والتنازل عن المقالة في مبحثين :-

المبحث الأول

المقالة من الباطن :

عند المقالة من الباطن هو المقصد الذي يستقضى به تعامل المقاول ، الذي يحمده إليه بتنفيد عمل ، مع مقاول آخر من أجل تنفيذ هذا العمل كله أو جزء منه .

فالمقاول لا تكون له صفة المقاول إلا مع رب العمل ، أما بالنسبة إلى من تعامل معه (أو للمقاول من الباطن) (١) فنكون له صفة رب العمل ، ويُلجأ إلى المقاول من الباطن عادة في العمليات الجسدية التي تتناول أعمالاً مختلفة فالمقاول الذي يقبل المقالة يتفق مع مقاولين من الباطن للقيام بتنفيذ الأجزاء المتصلة المتعلقة بحرف مختلفة ، ويحتفظ لنفسه بالاعتراف وتعيين الأوصال (٢) .

هذا وقد أجازت الفقرة الأولى من المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي للمقاول أن يعهد بالعمل أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط له العقد ، أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول ، كان يكون العمل محل المقالة عملاً فنيًا فركن فيه رب العمل إلى كفاءة المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتمل عليه في إنائه .

لذلك يتضح أن يقوم المقاول بالعمل شخصياً - ونفي من البيان أن هذا البيع لا يعمل دون المقاول وبين الاستمارة بالشخص الآخرين المبين أو غير فني في إنجاز العمل - ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين قانونيين (مقاولين من الباطن) بل يعملوا عند المقاول بقصد عمل لا بقصد مقالة .

(١) ويسمى أيضاً بالمقاول الثاني ، أو بمقاول المقالة أو (بالمقاول الفرعي)

(٢) محمد كامل موسى - المصدر السابق - ص ٥٢٩ .

فإذا لم يكن هناك شرط مانع أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار عند التعاقد ، وحده للمقاول بتنفيذ العمل كله أو بمقتضى إلى مقاول من الباطن فإن المقولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى في حق رب العمل . (١٦)

وتكون العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، علاقة رب عمل بمقاول يعطى عقد المقولة من الباطن ، فيكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول مسبقاً الباطن رب عمل ، وعليه جميع التزامات رب العمل ، كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلي مغفولاً عليه جميع التزامات المقاول (مبدأ الاحتكام الاستثنائية المتعلقة بالتضامن الخاص في اللياني والخصات الناتجة المنصوص عليها في المادة ٨٧٠) .

ولكن المقاول الأصلي يسأل إذا رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة (٨٨٣) ، فإذا دخل المقاول مسبقاً الباطن بالتزامه طيفاً للتسليم وللخصات المتفق عليها ولاسؤولية الضمانة ، أو بالتزامه بتسليم العمل بعد انجازه أو طوره في عمله يجب ، كان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك قبل رب العمل (٢/٨٨٣ مدي) (٢) أما المقاول من الباطن فيكون مسؤولاً عن ذلك قبل المقاول الأصلي .

وغير بالذکر عن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية مدنية تنشأ من عقد مقولة الأصلي وتبست مسؤولية تتبوع من تأجيله ، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له .

(١٦) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٤/١٢/٢٨٥ في ٧٤/٢/١٩ والذي جاء فيه انه يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل بجملة أو بجزء منه إلى مقاول آخر ويكون للمقاول الثاني حق مطالبة رب العمل مباشرة بما له في ذمة المقاول الأول بشرط أن لا يتجاوز القصر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي مالم يوجد شرط في عقد المقولة يمنع المقاول من التنازل لغيره (مجموعة الأحكام المدنية - المبدأ الأول - السنة السادسة من ١٩٦٢) .

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٧٥/٢٢/٢٩٠ في ٧٥/٧/٧ والذي جاء فيه : يسأل المقاول الأصلي عن الإضرار التي يحدثها المقاول الثاني التي عهد إليه بالعمل (مجموعة الأحكام المدنية - المبدأ الثالث - السنة السادسة من ١٩٦٥) .

و يقوم هذه المسؤولية على غيرها من أن كل أعمال المقاتل من الباطن محسوس بالنسبة إلى رب المقاتل أصلا مسؤول من المقاتل الأصلي ومن ثم يكون مسؤولا بها .

ولذا لابد المسؤولية هنا عكسية فانه يجوز الاتفاق على ما بينهما ، فيجوز أن يبرم المقاتل على رب العمل ألا يكون مسؤولا عن المقاتل من الباطن كما يجوز أن يقول رب العمل جاور المقاتل من الباطن مع المقاتل الأصلي في كل مفرقه والتزاماته . وسجل المقاتل من الباطن إلى لئلا من المقاتل وتسرى عليها أحكام الجوار كما سيأتي بيانه .

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة ما بين رب العمل والمقاتل من الباطن ، إلا لا يربطهما أي تعاقب ، فلا يطالب أحدهما الآخر مباشرة بتطبيق التزاماته ، وأما يكون للمقاتل من الباطن طبقا لظواهر العامة ، أن يرجع على رب العمل في خصوص القابل المستحق له لجل المقاتل الأصلي ، وذلك من طريق الدعوى غير مباشرة يرفعها باسم المقاتل الأصلي يطالب له بها هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاتل الأصلي .

ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسج لئلا المقاتل الأصلي أن يزاحموا المقاتل من الباطن ، فلا يتأخر وحده بما يستحقه من رب العمل ، بل يأتسبه فيه سائر دائمي المقاتل الأصلي خاصة الفرقة ، ومن أجل هذا عني المصنف المقاتل من الباطن مواجعة دائمي المقاتل الأصلي باعتباره دعوى مباشرة بحق المقاتل بجهته مواجعة دائمي المقاتل الأصلي ، كما أنه هذه الصاية إلى عمال المقاتل الأصلي وعمال المقاتل من الباطن .

لأن هؤلاء العمال لا يكون في الحاجة إلى الرجاء من المقاتل من الباطن (١١) .

(١١) تزيد من التفاصيل انظر البسط القيم (مسؤولية المقاتل المأجور) لإحيى الدكتور محمد مبارك المنجوري - المصنف السابق من ٣١٢ - ٢٢١ . كما قام ثروت - المصنف السابق من ٢٣ - من ٢٤١-٢٨٢ . انظر أيضا قرار محكمة التمييز رقم ١٢٤/١م/٧٦ في ١٧/١٠/٧٦ بحسب الأحكام المدنية - المصنف الرابع - السنة السابعة من ٧٧ .

ويعتقد، محل الاعتياز بالمبالغ التي تكون واجبة على رب العمل وقت تجهيز بعض
 عقد المقاولة الذي يشترط المبال والمقاول من الباطن في تنفيذ (١)
 وقد نصت على هذه الأحكام المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي بقولها :-
 ١ - يكون للمقاول الثاني وللصالح الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ
 العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ثمة المقاولة بشرط ان لا يتجاوز
 هذا الثمن الذي يكون مديونا به للمقاول الأصلي . وقت رفع الدعوى
 ويكون لصالح المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل إبرام المقاول الأصلي ورب العمل .
 ٢ - ولهم في حالة توفيق التجهيز من اجمعهم على ما تحت به رب العمل او المقاول
 الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي او للمقاول الثاني وقت توفيق
 التجهيز . ويكون الاعتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويحوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة
 ٣ - وحقوق المقاول الثاني والعمال المنفردة في هذه المادة مقدمة على حقوق من
 يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل .

وعليه الاحكام لها مقابل في جميع التغيرات العمومية .

(١) محمد تميم شبيب - المصدر السابق - ص ١٦١ .

المبحث الثاني

التنازل عن المفاوضة

لم يمرض القانون المدني العراقي للتنازل عن المفاوضة كما هو من المفاوضة من الباطن (١) وذلك لأن التنازل عن المفاوضة السل وقوما في المصلحة العملية من المفاوضة من الباطن ، والا ولدت لتكني في تنظيمها القواعد العامة (٢) .

ويأخذ التنازل عن المفاوضة إحدى الصورتين :-

الصورة الأولى :-

أن يتنازل المفاوض للمبر من جميع عقد المفاوض بما يشمل عليه من حقوق والتزامات ، وتطبيقا للقواعد العامة يحل التنازل له محل التنازل (المفاوض) فبسي جميع حقوقه والتزاماته قبل التعاقد الآخر (رب العمل) ، ويصبح هو المفاوض تجاه رب العمل .

ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حراسة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المفاوض الأصلي ، وقواعد حراسة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته .

وعليه فإن انتقال التزامات المفاوض الى المتنازل له يكون مؤثما على قبول رب العمل (م-١/٣٤ مدني)

(١) ولكن مشروع القانون المدني نص في المادة ٨٢٦ منه على ما يأتي : (لا يجوز أن يتنازل المفاوض عن المفاوضة او يعهد بتنفيذها الى مفاوض آخر الا بعد موافقة صاحب العمل التحريرية) . وكذلك نصت المادة الثالثة من الشروط العامة لقوانين اعمال الهندسة المدنية على ما يلي : (لا يجوز للمفاوض بدون موافقة تحريرية مسبقة من رب العمل التنازل عن المفاوضة او أي جزء منها او إحصاء منحصا له فيها أو بموجبها) .

(٢) السند وري - المصدر السابق - ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

بـ بادعية . في انتفاء حقوق المفاوض إلى المتنازل له ، فإن ذلك لا يتم إلا بإتلاف
بين المفاوض المتنازل والمفاوض المتنازل له . ولكن المتنازل لا يكون سارياً في حق رب
الصل إلا إذا أعلن إليه (م ٣٦٢ مدني) .^٥

بـ صيغة الثانية :-

أن يتنازل رب العمل عن عقد المفاوضة ، كان يبيع الأرض التي قاله على الله
بناء فيها ويتنازل في الوقت نفسه للمفاوض من عقد المفاوضة وما ينشأ عنه مسن
حقوق والتزامات .

فالمتنازل هنا هو رب العمل وليس المفاوض ، وفي هذه الحالة يعمل المفاوض والمتنازل
له) يعمل رب العمل (المتنازل) في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد المفاوضة .

وهي عن اليقين أن للمفاوض أيضاً أن يتنازل عن مستحقاته (الاجر) قبل صل رب
العمل لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق بوعده تطبيق أحكامها ، والتي يكفي
نسريتها في حق رب العمل إعلان الحوالة إليه (م ٣٦٣ مدني) .^٦

الباب الثالث

انتهاء عقد المقاولة :-

هناك اسباب عامة واسباب خاصة ينتهي بها عقد المقاولة .

أولاً : الأسباب العامة لانتهاء عقد المقاولة :-

ينتهي عقد المقاولة بالاسباب التي تنتهي بالمقود صوما . فهو ينتهي انهاء بالوفاء اذا ما قام طرفاه بتنفيذ التزاماتهما ، ولا يختلف بعد ذلك الا التزام المقاول بالقبض ، كما هو الحال في ضمان المهندس المعماري والمقاول لحيوي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى مدة محترس سنوات من وقت التسليم (م ٨٨٥ مدني) .

وكذلك قد ينتهي عقد المقاولة دون تنبؤ وفقاً للقواعد العامة كما لو انطلق طرفاه من اثناءه ، وهذا هو التشايل من المقود (الإقالة) ، او اطل احدهما بالتزاماته المتأخر الاخر بفسخ المقود .

وينتضي عقد المقاولة ، طبقاً للقواعد العامة ، باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه . وقد حرص المشرع أن ينص على ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي بقولها :- (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه)

وتختلف الآثار المترتبة على استحالة التنفيذ بحسب ما اذا كانت مستحالة الاستحالة راجعة الى خطأ المقاول ، او الى خطأ رب العمل ، أو كانت بسبب اجتنبي . وقد سبق لنا الكلام من هذه الآثار عند الكلام عن استحالة تسليم العمل .

كذلك تنتهي المقاولة بانقضاء المدة المحددة لها الا ان كان العمل المتفق عليه معجداً بقرن سنة معينة يتجزأ خلالها ، كمقود الصيانة .

ثانياً : الأسباب الخاصة لانتهاء المقاولة :-

تنتهي المقاولة بسببين لا ينتهي بها بالمقود المالية عادة وهما :-

- ١ - تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المفردة .
- ٢ - موت المقاول اذا كانت مؤملاته الشخصية محل اعتبار في المقود .